

# **Prøveløslatelsesinstituttet**

Kandidatnummer: 335

Veileder: Merete Meidell

Leveringsfrist: 25.11.2005

Til sammen 18000 ord

04.07.2006

## Forord

Etter å ha jobbet som ekstrabetjent i Oslo fengsel ved siden av jusstudiene, så har jeg registrert en viss usikkerhet blant de innsatte i forhold til hva som ligger til grunn ved vurderinger av prøveløslatelse. Jeg har selv vært vitne til mye frustrasjon, - grunnet misforståelser, og falske forhåpninger rundt nettopp dette temaet. Min nysgjerrighet har utviklet seg gjennom uttalelser fra innsatte om at saksbehandlingen kan være vilkårlig, og at det ofte er trynefaktoren som avgjør utfallet. Jeg mener det i seg selv er interessant at det i det hele tatt er et diskusjonstema blant de innsatte at noen diskuterer hvorvidt de bør søke overføring til visse fengsler mot slutten av sin soning, da noen fengsler oppfattes som ”mildere” ved vurderingen av prøveløslatelser enn andre.

Jeg vil for øvrig rette en takk til Oslo fengsel ved Oven Egeland som har vært behjelpelige med utlån av juridisk bakgrunnsmateriell, samt vedtak gjort fra fengselet i tidsrommet 2002-2004. Jeg vil også rette en takk til min veileder Merete Meidell som har vært svært en konstruktiv støttespiller gjennom denne oppgaven.

*”Det betales godt for råtne egg i norske fengsler”*

Arne Treholt.

Uttaler seg om trynefaktoren i norske fengsler.

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>5</u></b>
1.1	Utgangspunkt og tema for oppgaven.	5
1.2	Formål	5
1.3	Metode	6
1.4	Avgrensning	6
1.5	Rettskildebildet i fengselsretten	6
<b><u>2</u></b>	<b><u>HOVEDPRINSIPPER I FENGSELSRETEN</u></b>	<b><u>7</u></b>
2.1	Rettskilder	7
2.1.1	Straffegjennomføringsloven	7
2.1.2	Forarbeider	8
2.1.3	Rettspraksis	9
2.1.4	Stortingets ombudsmann	9
2.1.5	Forskrifter og rundskriv	10
2.1.6	Forvaltningspraksis	12
2.1.7	Reelle Hensyn	12
2.1.8	Legalitetsprinsippet	13
2.2	Fengselsmyndighetens kompetansegrunnlag	14
2.3	Hensyn bak prøveløslatelsesinstituttet.	17
<b><u>3</u></b>	<b><u>FORHOLDET MELLOM STRAFFEGJENNOMFØRINGSLOVEN OG FORVALTNINGSLOVENS SAKSBEHANDLINGSREGLER</u></b>	<b><u>21</u></b>
3.1	Utgangspunktet	21
3.2	Fastsettelse av vilkår og forholdet til myndighetsmisbruk	22

3.3	Likhetsprinsippet og lokale variasjoner	25
3.4	Nærmere om begrunnelse og dokumentinnsyn.	28
3.5	Forsvarlig saksbehandling	30
3.6	Bruk av substitutter	33
<b>4</b>	<b><u>NEKT AV LØSLATELSE OG FORHOLDET TIL DOBBELTSTRAFF</u></b>	<b>34</b>
4.1	Er nektelse av prøveløslatelse det samme som straffeforfølgelse?	35
4.2	Gjentatt straffeforfølgning for samme forhold?	37
4.3	Endelig domfellelse?	38
	<b><u>LØSLATELSE ETTER 2/3 TID</u></b>	<b>39</b>
<b>5</b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b>39</b>
<b>6</b>	<b><u>TILFELLER HVOR PRØVELØSLATELSE IKKE SKAL SKJE</u></b>	<b>40</b>
6.1	Utilrådelighetsvurderingen	40
6.2	Innsattes atferd	42
6.2.1	Begrepets subjektive karakter	42
6.2.2	Innholdet i atferdsvurderingen	43
6.2.3	Dokumenterte brudd	45
6.2.4	Disiplinærbruddenes karakter	45
6.2.5	Brudd kort tid før løslatelsestidspunktet	48
6.3	Grunn til å anta at domfelte vil begå nye straffbare handlinger	50

<b><u>7</u></b>	<b><u>TILFELLER HVOR PRØVELØSLATELSE "KAN " NEKTES .</u></b>	<b><u>54</u></b>
7.1	Ordlyden	54
7.2	Fremgåtte momenter av retningslinjene	54
7.2.1	Uoppgjorte straffesaker	54
7.2.2	Unnlatt å møte til straffegjennomføring til angitt tid	58
7.2.3	Domfelte motsetter seg prøveløslatelse	58
7.2.4	Retningslinjenes styrke	59
7.3	Andre momenter det kan legges vekt på	59
7.3.1	Rimelighetsvurdering	60
7.3.2	Hensynet til den alminnelige rettsoppfatning	60
<b><u>8</u></b>	<b><u>TABELLER, FIGURER. ETC.</u></b>	<b><u>A</u></b>
<b><u>9</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>B</u></b>

# 1 Innledning

## 1.2 Utgangspunkt og tema for oppgaven.

Hvert år så dømmes cirka tolv tusen mennesker til fengsel i Norge.<sup>1</sup> Utgangspunktet er at domstolen idømmer den reaksjon den finner er riktig på forholdet. Idømmes en straffereaksjon fastsetter domstolen en passende lengde som den mener skal sones. Når domfelte har sonet sin straff, så skal han slippes fri, og har dermed ”gjort opp for seg” i forhold til samfunnet.

Dette utgangspunktet fravikes i forholdsvis stor grad. Hvert år slippes cirka 25 % av de innsatte ut av norske fengsler uten at straffen er sonet i sin fulle lengde.<sup>2</sup> Den domfelte kan bli benådet av Kongen med hjemmel i Grunnloven § 20, men også avslutte soningsforholdet før endt tid. Domfelte kan løslates etter halv tid, 7/12 tid eller 2/3 tid med rettslig grunnlag i straffegjennomføringsloven § 42.

Løslatelse på 2/3 tid er den vanligste formen for prøveløslatelse, og dette er også temaet for denne oppgaven.

## 1.2 Formål

I denne oppgaven vil prøveløslatelsesinstituttet bli behandlet. Det vil bli lagt hovedvekt på generelle problemstillinger knyttet til instituttet, fremfor å gå for langt inn i de materielle spørsmål. Bakgrunnen for dette er at straffegjennomføringsloven § 42 er av svært skjønnsmessig karakter, samt at momentene skjønnet kan bygge på i stor grad fremgår av retningslinjer til loven med begrenset rettskildemessig interesse. Løslatelsesinstituttets karakter tilsier at en må sette denne inn i en større sammenheng for å danne bakgrunnen for

---

<sup>1</sup> Statistisk sentralbyrå – [www.ssb.no](http://www.ssb.no) Kap. 03.05 Kriminalitet og rettsvesen

<sup>2</sup> Se Tabell 1

en mest mulig korrekt avgjørelse. Derfor er det lagt stor vekt på det rettskildemessige, forvaltningsrettslige spørsmål, og noe om forholdet til EMK.

Oppgavens problemstilling blir å vurdere hva fengslene kan vektlegge ved vurderingen av prøveløslatelse etter strgf.l. § 42, hvordan de kan vurdere de ulike momentene opp mot hverandre, samt sette instituttet inn en større og mer generell sammenheng.

## 1.2 Metode

For å få et større innblikk i hvordan prøveløslatelser blir behandlet i praksis, så baserer drøftelsene seg på vedtak i Oslo fengsel mellom 2002 – 2004. Dette blir benyttet som bakgrunnsmateriale. Siden Oslo fengsel er et av de største fengslene i landet med både varetekt og soningsavdeling for kortere dommer (som regel opp mot 2 år), treffer de svært mange vedtak om prøveløslatelser. Til sammen har jeg fått adgang til ca 1400 vedtak, som er gjort mellom 2002 og 2004. Jeg har fått tillatelse til å bruke dette som underlagsmateriale, samt referere til dem, - under den forutsetning at det ikke er mulig å identifisere den enkelte innsatte.

## 1.2 Avgrensning

Oppgaven blir avgrenset på en slik måte at jeg legger hovedvekt på 2/3 tid, men vil nevne problemstillinger som kan knyttes til de øvrige løslatelsesinstituttene der det er naturlig.

## 1.2 Rettskildebildet i fengselsretten

Det er straffegjennomføringsloven av 18.05.2001 nr. 21 som regulerer spørsmål om prøveløslatelser. Loven er forholdsvis ny, men gjennomføringen er langt på vei en kodifisering av den praksis som etter hvert utviklet seg på slutten av 90 – tallet. I tillegg finnes forskrift til lov om straffegjennomføring av 22. februar 2002. EMK vil bli behandlet i forhold til hvordan tilleggsprotokoll 7 til EMK (P7) kan få relevans ved tolking av bestemmelsene. Jeg kommer ikke til å gå inn i spørsmålet om motstrid jmfr. EMK og

menneskerettighetsloven av 21 mai. Nr 30. § 3. Enkelte grunnlovsbestemmelser slik som § 96 vil kunne få betydning av tolkningen av § 40 som omhandler disiplinærstraff, men vil ikke bli behandlet her. Ved motstrid vil følgelig grunnloven gå foran, men dette blir ikke inngående drøftet i oppgaven. Forarbeidene har stor relevans idet loven er ny. Kriminalomsorgsavdelingen i Justisdepartementet gir kontinuerlig ut rundskriv for å sikre en mest mulig enhetlig forvaltningsmessig praksis. Det finnes imidlertid lite juridisk teori på fangerettens område, og et annet særtrekk er at det foreligger lite dommer som omhandler 2/3 tid.

## **1 Hovedprinsipper i fengselsretten**

### **1.2 Rettskilder**

#### **1.2.1 Straffegjennomføringsloven**

Lovteksten er utgangspunktet for å tolke formelle lover, og da straffegjennomføringsloven ble innført i 2001 så var bakgrunnen at den fikk samlet opp en del rundskriv og forskrifter i lovs form, slik som den individuelle vurderingen av prøveløslatelser som tidligere var regulert i et rundskriv.<sup>3</sup> Alle formelle lover fra Stortinget vil være et kompetansegrunnlag, som også tilfredstiller kravet til legalitetsprinsippet. Straffegjennomføringsloven hjemler mange til dels svært inngripende tiltak i form av tvangsmidler om alt fra å bli lagt i sikkerhetsseng etter § 38, til at brevkorrespondanse, besøk og telefonsamtaler kan bli overvåket.

En forutsetning for at disse inngrepene er lovlige, slik at straffegjennomføringsloven er et gyldig kompetansegrunnlag er at den ikke strider mot rettsregler av høyere rang, som

---

<sup>3</sup> Boe, Erik. *"Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære"* side 223



grunnloven eller menneskerettighetene.<sup>4</sup> Ved tolkningen av hvorvidt det foreligger en slik motstrid, så vil det være relevant å ta i betraktning at denne loven kom etter menneskerettsloven, slik at lovgiver her har kunnet tilpasse loven til å være i overensstemmelse med EMK, - i motsetning til fengselsloven av 1958 hvor forholdet til internasjonale menneskerettigheter må antas å være noe mindre utviklet grunnet EMK sin stilling i 1958.

### 1.0.0 Forarbeider

Med forarbeider menes forslag, utredninger, debatter og voteringer som skriver seg fra dem som har deltatt i lovens forberedelse og vedtagelse.<sup>5</sup> Ved tolkningen av straffegjennomføringsloven så vil utgangspunktet alltid være den enkelte bestemmelse sin ordlyd. Straffegjennomføringsloven inneholder mange fullmakter, og kan følgelig sies å være en vidtgående fullmaktslov som i stor grad overlater til fengselsmyndighetene selv å fastlegge tolkningen av lovens innhold. Innholdet i loven er derfor utførlig supplert med forskrifter og retningslinjer, samt at det finnes flere relevante forarbeider.<sup>6</sup>

Disse inneholder imidlertid i liten grad presiseringer av lovteksten, slik at betydningen som rettskildefaktor blir noe begrenset. Generelt kan det sies at rettskildevekten av forarbeidene avhenger av omstendighetene rundt utarbeidelsen, i den forstand at vurderinger i forhold til forarbeidenes klarhet, grundighet, og alder vil ha betydning.<sup>7</sup> I dette konkrete tilfellet må det tas i betraktning at forarbeidene til straffegjennomføringsloven er forholdsvis utførlige og detaljerte. Særlig må dette sees i sammenheng med at da loven ble innført så ble mange av de tidligere rundskrivene omskrevet til forskrift, og en del forskrifter omskrevet i lovs form. Felles for forarbeidene og loven er at den er av forholdsvis ny dato, slik at forarbeidene må tillegges en forholdsvis

---

<sup>4</sup> Eskeland, Ståle. "Fangerett" side 109 – 110

<sup>5</sup> Eckhoff, Torstein. "Forvaltningsrett" side 65

<sup>6</sup> De meste relevante er: Ot. Prp. nr 5 (2000-2001) Ot. prp. nr 5 (2000-2001) Om lov om gjennomføring av straff Innst. Ot. prop. nr 60 (2000-2001), Ot.prp. nr. 46 (2000-2001), Innst. O. nr. 34 (1996-97)

<sup>7</sup> Boe, Erik. "Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildeelære" side 236

høy rettskildemessig verdi. Det er også et moment at det foreligger mange forarbeider som til dels bygger på hverandre opp igjennom 90- tallet. Da både kvaliteten og omfanget er forholdsvis gjennomarbeidet, tyder mye på at disse vil ha stor rettskildemessig verdi.

### 1.0.0 Rettspraksis

Fengselet er på mange måter et lukket regime, ikke bare bokstavelig talt, men også sett i forhold til domstolenes kontroll med saksbehandlingen. Det finnes imidlertid noen Høyesterettsdommer som omhandler forholdet til dobbeltstraff, mens dommer vedrørende selve søknadsbehandlingen av prøveløslatelser er vanskelig å oppdrive. Bakgrunnen for dette ligger nok i at de innsatte må gå til sivilt søksmål mot staten for å medhold, noe som medfører risiko for å måtte bære økonomiske kostnader, samt at forvaltningsvedtakene som hovedregel vil være av liten interesse mange måneder eller år etter hendelsene har oppstått. Imidlertid kan det tenkes at avgjørelser fra Høyesterett som omhandler andre forvaltningsavgjørelser kan få betydning. Eksempler på dette kan være alminnelige forvaltningsmessige prinsipper, rettsgrunnsetninger og forholdet til internasjonale menneskerettigheter.

### 1.2.1 Stortingets ombudsmann

Da terskelen for å gå til søksmål kan være høy for denne gruppen, så vil ombudsmannen kunne spille en viktig rolle. I de tilfellene hvor Ombudsmannens synspunkter er kjent vil det nok ha en rettskildemessig begrenset verdi, men det vil på den annen side alltid være en relevant rettskildefaktor å ta med i betraktning. Siden ingen er rettslig forpliktet til å følge Ombudsmannen, så har nok uttalelsene større karakter av meningsytringer. De øvrige rettskildene gir ikke svar, men Ombudsmannen har utførlig drøftet dette i sin årsmelding, - så kan mye tale for at Ombudsmannen bør tillegges vekt. Dette må imidlertid vurderes opp mot hva rettsspørsmålet omhandler, samt at årsaken for hva som har foranlediget uttalelsen kan være av betydning. Det er nok all grunn til å tro at domstolene føler seg friere i forhold til Ombudsmannen enn hva forvaltningen gjør. I den grad domstolene slutter seg til

Ombudsmannens avgjørelse så vil dette være en domstolsavgjørelse, med den rettskildemessige vekten det medfører.<sup>8</sup>

### 1.2.1 Forskrifter og rundskriv

Selv om lovteksten i mange tilfeller fremstår som det viktigste grunnlaget for lovtolkningen, så krever ikke legalitetsprinsippet at inngrepet skal være fastsatt i loven selv. Forskrifter kan også hjemle inngrep under den forutsetning at delegasjonsfullmakten ligger innenfor de rammene som er gitt av lovgiver. Slike bestemmelser kan således være selvstendige kompetansegrunnlag for fengselsmyndighetene, dersom de etter sitt innhold gir hjemmel for å gjøre inngrep. Rundskriv er svært vanlig på fengselsrettens område, men denne adgangen er imidlertid ikke ubegrenset.

I forhold til prøveløslatelser kom spørsmålet særlig på spissen i forbindelse med innskrenkningen av prøveløslatelser i 1999. Bakgrunnen var at en sedelighetsdømt mann voldtok en niåring i løpet av prøvetida, og daværende justisminister Aud Inger Aure ble satt under kraftig press fra opinionen.<sup>9</sup> Debatten om prøveløslatelser sin berettigelse ble diskutert, og mange tok til orde for at ordningen skulle fjernes.<sup>10</sup> Justisministeren strammet inn praksisen ved at de innsattes situasjon heretter skulle vurderes individuelt. Et relevant spørsmål blir da hvorvidt et rundskriv gir tilstrekkelig kompetansegrunnlag for et så inngripende tiltak som å ”forlenge” straffen med en tredjedel?

Den samme problemstillingen er snudd på hodet i forbindelse med at de innsatte nå automatisk slippes ut inntil 20 dager før løslatelse ellers skal skje. Utgangspunktet er et rundskriv som ble første gang gitt ut i 3/2003 fra KSF, og fulgt opp i KSF 5/2004 hvor ”dagens soningskø er så belastende for domfelte og behovet for varetektsplasser er så stort

---

<sup>8</sup> Etter en gjennomgang av Sivilombudsmannens årsmeldinger fra 2001 – 2005, så er det få divergerende uttalelser i forhold til eksisterende forvaltningspraksis.

<sup>9</sup> Aftenposten av 22.07.98.

<sup>10</sup> Byrettsjustitiariusen i Stavanger krevde at justisministeren skulle stilles for Riksrett, da det han mente det var grunnlovstridig å automatisk løslate vaneforbyruter etter to tredjedels tid. Aftenposten 30.10.1998.

at dette anses å utgjøre en særlig grunn” for løslatelse etter § 42 fjerde ledd. Per 05.11.2005 hadde de domfelte til sammen fått undergitt over 100 år med fengselsstraff, med de rettpolitiske problemstillingene det kan reise.<sup>11</sup> Et problem er at dette gir til dels svært skjeve resultater. For eksempel vil en person med 65 dagers dom, og en med 105 dager, vil begge sone 60 dager, noe som høyst sannsynlig vil stride mot den alminnelige rettsfølelse og oppfatningen av hva som karakteriseres som rettferdig.<sup>12</sup>

Problemet ligger i om en kan gi et rundskriv med såpass vidtgående konsekvenser? I utgangspunktet skal det være domstolene som dømmer, og hensynet til legalitetsprinsippet tilsier at mer inngripende tiltak, også bør ha klarere hjemmel. I forhold til innstramningen i 1999 så er jeg av den oppfatning at avgjørelsen ikke er forenlig med legalitetsprinsippet. Selv om en ikke rent formelt tillå de domfelte mer straff, så endret var resultatet at en måtte sone lenger. Det å bli anholdt i fengsel er i stor grad et inngripende tiltak og personlig mener jeg at rundskrivet var på kant med legalitetsprinsippet.

Spørsmålet er så om en kan snu problemstillingen ved dagens praksis, og påpeke at de innsatte slipper ut før tiden slik at dette ikke er inngripende på samme måte, og følgelig i samsvar med legalitetsprinsippet? Mye tyder på at dette rundskrivet også er i gråsonen for hva som kan anses som lovlig. Selv om dette er et heldig utslag for de innsatte, så vil dette ha store konsekvenser for ofrene til de domfelte. Personlig er jeg av den oppfatning at økonomiske hensyn ikke kan brukes som en særlig grunn til et så inngripende tiltak overfor ofrene, da dette strider mot både forarbeidene og legalitetsprinsippet. Når rundskrivet er gitt i flere omganger så tyder det på at dette blir en mer permanent ordning som også taler for at denne i så fall burde komme til uttrykk i lovs form.

---

<sup>11</sup> Aftenposten. 05.11.2005

<sup>12</sup> Sed KSF 5/2004. Vedlegg 1

### 1.2.1 Forvaltningspraksis

Tidligere praksis vil alltid være et relevant moment der andre rettskildefaktorer er mindre fremtredende. I fengselsretten sitt tilfelle, så vil spørsmålet bli knyttet opp mot forhold hvor vedtakene vurderes ut i fra om fengselet har hjemmel for å treffe avgjørelsen. Domstolene er generelt tilbakeholdne med å la forvaltningspraksis tre i stedet for en skrevne regel, når dette kreves etter legalitetsprinsippet eller lex superior prinsippet.<sup>13</sup> Det er neppe grunnlag for å anta at fengselsretten skiller seg ut i fra dette, selv om det ikke foreligger spesielt mye rettspraksis på området. Utgangspunktet for fengselsmyndighetene vil nok i all hovedsak være å tolke regelverket objektivt, men det er nok sannsynlig at fengslene vil ha en viss interesse i hvilke avgjørelser som treffes, alt etter som fengslene sine behov gjør seg gjeldene. Dette kan være alt i fra bemanningssituasjonen, økonomi, markeringsbehov overfor innsatte etc.

Det andre spørsmålet om forvaltningspraksisen sin rettskildemessige betydning, må knyttes opp mot hensynet til likhetsprinsippet. Like tilfeller skal i utgangspunktet behandles likt, og avvik fra slik praksis som ikke har saklig grunn vil være i strid med dette. I slike tilfeller kan derfor praksis ha stor rettskildemessig betydning.<sup>14</sup> På mange måter kan en også si at rundskrivenes utbredte praksis i fengselssystemet også er en forvaltningspraksis som skal ivareta likhetshensynet.

### 1.2.1 Reelle Hensyn

Torstein Eckhoff karakteriserer reelle hensyn som en ”vurdering av hva som er rettferdig, rimelig, formålstjenlig etc.... og er en del av rettsanvenderens egne overveielser”<sup>15</sup> Hovedformålet er å komme fram til regelens ”godhet” og et fornuftig resultat. Denne rettskildefaktoren avviker i forhold til andre nevnte rettskilder, og i forhold til fengselsretten så kan spørsmålet knyttes opp til hvorvidt en kan legge vekt på fengselets

---

<sup>13</sup> Eckhoff, Torstein. ”Rettskildelære” side 187

<sup>14</sup> Eskeland, Ståle. ”Fangerett” side 132 – 133

<sup>15</sup> Eckhoff, Torstein. ”Rettskildelære” side 24

formålsbetraktninger? Hensynet til fengselets drift, ressurser, adgang til å bruke tvang, rehabiliteringsformål og rettssikkerhet, - er forhold som kan komme med i betraktning.

Disse er hovedsakelig nevnt på bakgrunn av de hensyn som ligger til grunn i forskrifter, forarbeider etc. Reelle hensyn må oppveies mot hverandre på en slik måte at grunnprinsipper veier tyngst. I visse tilfelle kan det tenkes at hensynet til ressursmessige begrensninger vil veie tyngst i forhold til innsattes rehabiliteringsbehov, men hvis hensynet til ressurser blir vektlagt for at det så går på tvers av grunnleggende rettsikkerhetsprinsipper, så må det siste veie tyngst. Grunnen til dette er at reelle hensyn må avveies i forhold til andre rettskilder. Reelle hensyn gis relativt stor vekt i fengselsretten, og i det påfølgende kapittelet vil hensyn som ligger til grunn for løslatelsesinstituttet bli belyst.

### 1.2.1 Legalitetsprinsippet

Det å sone en dom er en innskrenking i bevegelsesfriheten. Reglene innefor fengselssystemet begrenser også individets handlefrihet. og de innsatte er følgelig gjenstand for en rekke inngrep fra fengselsmyndighetenes side. For at disse inngrepene skal være lovlige må de ha hjemmel i et gyldig kompetansegrunnlag, og fengslene kan i all hovedsak bygge sine inngrep på to ulike kompetansegrunnlag. Det er kompetanse gitt på bakgrunn av formell lov, eller kompetanse gitt ved delegasjon jmf. strgf.l. § 5 siste ledd. )

<sup>16</sup>

Legalitetsprinsippet innebærer at offentlig myndighetsutøving i form av påbud eller forbud som griper inn i borgernes eiendomsrett eller alminnelige handlefrihet, må skje på grunnlag av rettsregler gitt i lov eller medhold av lov. Legalitetsprinsippet er et uttrykk for rettstatsprinsippet, som fastslår at offentlige myndigheter er bundet av rettsregler, og som stiller krav om at myndighetsutøving må skje på grunnlag av slike. Legalitetsprinsippet tilsier at desto mer inngripende tiltakene er, desto klarere hjemmelsgrunnlag må en ha.

---

<sup>16</sup> Eskeland, Ståle. "Fangerett" side 109

Dette prinsippet er ulovfestet, men følger av konstitusjonell sedvanerett. Dette har som formål å beskytte borgerne mot vilkårlig maktutøvelse. For eksempel er grunnlovens § 96 og § 99 enkeltstående utslag av legalitetsprinsippet.<sup>17</sup>

Det er viktig å ha legalitetsprinsippet i minne når en skal vurdere de ulike inngrepenes lovlighet i fengselssystemet. Inngrepene har som sagt ulike hjemmelsgrunnlag, og i det følgende vil det kort bli skissert noe om fengselsmyndighetenes kompetanse.

## 1.2 Fengselsmyndighetens kompetansegrunnlag

Med kompetanse menes her fengselsmyndighetens rett til å treffe beslutninger som har rettsvirkninger for den domfelte. Det er verdt å merke seg at forvaltningsloven gjelder for vedtak i straffegjennomføringsloven. Dette følger direkte av strgf.l. § 7. Det er vanlig å skille mellom personell kompetanse som vil angi hvilke personer eller organ som kan avgi en bestemt type rettstiftende utsagn, de materielle hva dette utsagnet kan gå ut på, og de prosessuelle hvordan dette skal få rettsvirkninger etter sitt innhold.<sup>18</sup>

Straffegjennomføringsloven § 5 formaliserer kriminalomsorgens organisasjonsstruktur den består i dag av tre beslutningsnivåer. Det er Direktøren ved det enkelte fengsel som formelt tar den endelige avgjørelsen i saker om prøveløslatelse.<sup>19</sup> <sup>20</sup> På avdelingsnivå er det førstebetjenten som har ansvaret for innsatte, og han skriver en innstilling i samråd med innsattes kontaktbetjent til et såkalt rådsmøte, som igjen gir en innstilling overfor saksbehandlerne om hvorvidt den innsatte bør anbefales prøveløslatelse eller ikke.

---

<sup>17</sup> Eckhoff, Torstein. "Forvaltningsrett" side 235 – 239

<sup>18</sup> Bernt, Overå og Hove "kommunalrett". Side 62

<sup>19</sup> Tidligere var det et spørsmål ved hvorvidt delegasjonsadgangen i den gamle fengselsloven hjemlet at Direktøren ved det enkelte fengsel behandlet et såpass vesentlig og inngripende spørsmål som prøveløslatelse. Diskusjonene var da hvorvidt vedtakets art var såpass inngripende at det burde utføres av domstolene. Motsatt har det vært hevdet at dette skal flyttes til regionene for å sikre likebehandling.

<sup>20</sup> Dette er en stillingsbetegnelse som er på vei ut. Heretter blir alle tilsatte hjemlet som "fengselsledere".

Innstillingen er kun ett rådgivende element i totalvurderingen av prøveløslatelsen, og en må nok vurdere årsaken til ett slik møte som et utslag av det kontradiktoriske prinsipp ved saksbehandlingen. Saksbehandlerene utøver sin myndighet på vegne av direktøren, og det er ikke noe krav om at bakgrunnen til saksbehandlerne må være jurister.

Det kan være grunn til stille spørsmål ved om hvor langt adgangen til intern delegasjon strekker seg i fengslene? Spørsmålet om intern delegasjon blir regulert i retningslinjene punkt 2.2. Denne tolker delegasjonsadgangen slik at det er sikkerhetsnivået som avgjør hvem som har fått tildelt kompetanse til å avgjøre spørsmål om prøveløslatelse. Mye kan nok tale for at delegasjonsadgangen må hele tiden veies opp mot forvaltningslovens alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling. I dette ligger det også en vurdering av de enkelte medarbeideres kompetanse.

Innsatte har rett til å klage på vedtak som er gjort i fengslene til regionskontorene. Hvis regionene er førsteinstansbehandlere, - hvilket de kan være i saker hvor innsatte er idømt fengselsstraff i over ti år, eller andre forhold som følger av strfgj.l. § 6. Da er kriminalomsorgens sentrale forvaltning klageorgan.

I forhold til materiell kompetanse så kan det tenkes forhold hvor innsatte som i utgangspunktet skal vurderes i forhold til prøveløslatelser kan være utilstrekkelig, grunnet annen spesiallovgivning. Dette kan for eksempel gjelde hvor annen lov regulerer forholdet til innsatte. For eksempel kan kompetansen over innsatte begrenses i forhold barnevernloven 1992 17. juli Nr. 100, som kan tvangsflytte mindreårige innsatte til annen institusjon uten etter eget samtykke med hjemmel i barnevernloven. § 4-24. Dette er kun aktuelt for innsatte mellom 15 og 18 år.

Ett annet eksempel er innsatte som er idømt forvaring. Etter straffeloven § 39 e annet ledd legges det opp til at forvaringsdømte ikke kan løslates før en eventuell minstetid etter straffeloven § 39 e annet ledd er utløpt. All løslatelse før utløpet av lengstetiden må skje på



prøve, som i følge forarbeidene ilegges en prøvetid fra ett til fem år.<sup>21</sup> Med hjemmel i strl. §39 f legger påtalemyndighetene frem saken for tingretten, slik at forvaringsinstituttet følger et helt annet system enn ordinær prøveløslatelse etter strfgj.l. § 42. Denne endringen kan nok ha gode grunner for seg da forvaring har et noe annet siktemål enn ordinær straff, og disse som regel er i en spesiell situasjon som krever en noe annen vurdering en ”vanlige” domfelte.<sup>22</sup> Det følger også av forarbeidene at domstolsbehandling er en følge av legalitetsprinsippet, på bakgrunn av at forvaringsdømte kan underlegges helt andre vilkår i prøvetida.

I forhold til prosessuell kompetanse så kan det være verdt å merke seg at vedtakene også skal også tilfredstille de alminnelige forvaltningsmessige prinsipper. Forvaltningsloven gjelder også i forhold til § 42, men med visse unntak som er opplistet i strgf.l. § 7. Forhold som habilitet, taushetsplikt etc. vil derfor bli regulert av forvaltningsloven.

Det kan bemerkes at forvaltningsvedtak etter strgf.l. § 42 er underlagt et fritt eller diskresjonært skjønn, og domstolene vil nok være tilbakeholdne med å overprøve selve innholdet i vurderingen av slike vedtak. Domstolenes rett til å kontrollere forvaltningens subsumsjon er blitt viet mye oppmerksomhet i de siste årene, og utviklingen må sees i sammenheng med hvordan Høyesterett har forholdt seg til dette i fire sentrale dommer.<sup>23</sup>

Selv om prøveløslatelser i utgangspunktet er diskresjonært så er likevel ikke skjønnnet helt fritt. Det er en viktig rettsikkerhetsgaranti at forvaltningen er underlagt visse begrensninger, og ved avgjørelsen om hvorvidt Høyesterett kan overprøve handler det om den kan underkjenne forvaltningens bruk av hjemmelen, og hvor langt retten overhodet er avskåret fra å sette forvaltningens subsumsjon til side. Kommer retten til at den har kompetanse til å kontrollere lovanvendelsen fullt ut, oppstår etterpå spørsmålet om hvor langt det er grunn

---

<sup>21</sup> Innst. O. nr. 34 (1996-97) kap. 8.6 s. 22.

<sup>22</sup> Forskrift om gjennomføring av særreaksjonen forvaring. 5. Mars 2004

<sup>23</sup> RT 1995, s.72, Rt 1995, s.1427, Rt 1998 s.1795 og Rt 2000 s.591.

til å være tilbakeholdende med å sette subsumsjonen til side. Det er med andre ord spørsmål om tolkingskontroll og lovanvendelseskontroll. Hva som skal til for å begrunne unntak fra hovedregelen vil være en gradsskala. Kontrollintensiteten er nok noe mindre i forhold til vedtak av for eksempel økonomisk og teknisk karakter. Domstolenes prøvelsesrett er uskrevet, men følger likevel med grunnlovs rang basert på konstitusjonell sedvanerett. Selv om domstolene nok vil være noe tilbakeholdne med å tolke selve utilrådelighetsvurderingen i vårt tilfelle, så vil de nok ikke gå av veien for å overprøve vedtak basert på myndighetsmisbruk, utenforliggende hensyn, vilkårlighet, sterkt urimelige avgjørelser, eller usaklig forskjellsbehandling.

## 1.2 Hensyn bak prøveløslatelsesinstituttet.

Ved vurdering av hensyn for hva som ligger bak prøveløslatelsesinstituttet, så kan ett relevant utgangspunkt være å se på hovedbegrunnelsene for straff. Den klassiske definisjonen for straff ble i Høyesterett definert slik ”Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på den grunn at lovovertredeisen, i den hensikt at han skal føle det som et onde”.<sup>24</sup>

Utgangspunktet for at en setter personer i fengsel eller at en ønsker å imøtekomme uønsket atferd med en reaksjon, er for å hindre at samfunnets egne borgere straffer etter eget forgodtbefinnende. Den intellektuell tilnærmingen på hvorfor vi ønsker å reagere mot uønsket atferd, er ett gammelt diskusjonstema som allerede var heftig diskutert allerede i antikkens Hellas. Gjennomføringen av straff var fram til reformasjonens tid anerkjent som et privat anliggende mellom offer og gjerningsmann. I dag er det offentlige gitt monopol for håndhevelse av straff, og dette er betegnet som det offentligrettslige forfølgelsesprinsipp. Prinsippet om forfølgelse av straff står så sterkt at det til og med har folkerettslig betydning. I en sak for den europeiske menneskerettighetsdomstol ble for

---

<sup>24</sup> Rt. 1977 side 1207

eksempel Nederland dømt for å ha brutt EMK artikkel 8, fordi de ikke hadde godt nok strafferettslig vern mot seksuelle overgrep<sup>25</sup>.

I straff ligger også de preventive hensyn. I første omgang skal den allmennpreventive virkning avstå personer fra å begå straffbare handlinger, i den forstand at relevante straffemidler skal oppfattes som så tyngende, at en vil avstå fra den kriminelle handling. Straffen skal også ha en individdualpreventiv funksjon i den forstand at den virker avskrekkende på lovbrysteren, slik at et fengselsopphold skal føre til avståelse fra nye straffbare forhold.

Den rettskildemessige forankringene hensynene bak ordningen finnes i stor grad i straffegjennomføringslovens, - deriblant dets formålsparagraf jmf. § 2, forarbeider, - hvor da særlig st. meld. Nr.27 kan trekkes fram med en omfattende drøftelse av straffens formål. Forskrift, domspraksis og retningslinjene, - bygger stort sett på de hensyn som nå blir gjort rede for. Spørsmålet blir så hvorfor vi da har et institutt som tillater at en kan korte ned store deler av den straffeutmålingen som domstolene har lagt sin flid i å finne fram til?

Det er kan være riktig å bruke straffegjennomføringslovens formålsparagraf som utgangspunkt. Den påpeker at det overordnede hensyn er å motvirke til nye straffbare forhold. En vurdering av løslatelse etter 2/3 er en vurdering som i baserer seg på den innsatte og dennes sannsynlighet for å begå nye forhold. Her kan 2/3 tid komme inn som en relevant faktor for at domfelte skal avstå fra nye forhold.

For det første kan det sies å ligge en rehabiliteringstanke til grunn. Denne må sees i sammenheng med at den domfelte skal få hjelp til sine problemer som er den egentlige årsaken til at han sitter inne i fengselet. Han kan få hjelp ved programsvirksomhet, rusprosjekter, botrening og sosialisering. Adgangen til å sette vilkår i prøvetida vil da være et hjelpemiddel for å holde domfelte på den rette vei etter løslatelsen, med kontroll over

---

<sup>25</sup> Slettan og Øie. "Forbrytelse og straff" side 13

innsatte, og følgelig redusert risiko for nye straffbare handlinger. Ordningen skal da vurderes som en hensiktsmessig overgang fra fengsel til det frie liv.

Et annet hensyn til fordel for instituttet er at den innsatte skal bli forholdsmessig behandlet. Dette gjelder i forhold til straff hvor grovere handling gis lengre straff, og et hensyn taler også for at bedre oppførsel skal gis flere goder. I denne vurderingen ligger også komponentene i utilrådelighetsvurderingen som i stor grad er en skjønnsmessig vurdering basert på forholdsmessighet. I dette ligger at en førstegangsforbryter uten noen disiplinærvedtak inne i fengslet i større grad skal gis mulighet for prøveløslatelse, enn en som har sittet mange ganger og oppfører seg dårlig.

På mange måter kan en stille spørsmål ved om dette forholdet også er betinget av hensynet til ro, orden og disiplin innad i fengselet, eller om dette kun er et avledet hensyn. Det fremgår ikke i forarbeidene at disiplin på avdelingen er et hensyn bak prøveløslatelse, slik at det vil kanskje være en avledet følge. Denne følgen vil sannsynligvis ha en positiv effekt i form av at den innsatte muligens vil bli "oppdratt" til å følge interne regler som kanskje igjen vil ha en smitteeffekt i forståelsen av å følge gjeldene rettsregler.

Prøveløslatelse som oppdragende effekt er ikke drøftet i nevneverdig grad i forarbeidene. Likevel tyder mye på at mange innsatte for første gang møter ett system, - og personer som setter grenser for dem. Dette kan i seg selv være positivt for mange innsatte, hvor da læringsprosessen i seg selv vil være relevant med en prøveløslatelse som belønning for god oppførsel.

Et annet, men kanskje ikke fullt så legitimt hensyn for å prøveløslate på 2/3 tid er hensynet til effektivitet og økonomi. Dette står ikke oppført i forarbeider eller i lovs form, men kan være et viktig hensyn for lovgiver. Med tanke på at en celleplass koster ca 1.million kroner i året, så kan det også være et økonomisk spørsmål om å gi 2/3 tid for å få fortgang i

soningskøene.<sup>26</sup> Dette er imidlertid ikke et hensyn i første omgang rettet mot den innsatte, men kan være et viktig moment under Stortingets budsjettforhandlinger.

Hensyn til rettferdighet og human straffebehandling kan også tale for 2/3 tid, men det finnes også en rekke motargumenter.

For det første så taler hensynet til den alminnelige rettsfølelse mot at en skal kunne prøveløslates på 2/3 tid. Særlig kan dette oppleves som ille overfor ofre som i utgangspunktet synes domfelte har fått lav straff. Tatt i betraktning at en kan sone i åpne fengsler, få permisjoner etc. så kan det virke støtende å møte domfelte på gata 1/3 før tida. Særlig kan dette gjelde i voldtektssaker, sedelighet osv. hvor respekten for rettssystemet på sikt kan uthules fordi det ikke er i samsvar med den alminnelige rettsoppfatning. Det er også betenkelig i forhold til domstolen som legger mye arbeid i å finne fram til riktig straff, at innsatte så kan innvilges 2/3 tid ved et administrativt vedtak.

Et annet hensyn som taler mot løslatelse er hensynet til samfunnets beskyttelse. At den domfelte blir isolert og avskjermet fra resten av samfunnet, kan begrunnes i en renovasjonstanke som igjen er begrunnet i forhold til et grunnleggende rettsikkerhetshensyn., nemlig at man skal kunne føle seg trygge. Vi har imidlertid flere eksempler på at det varsles i nabolagene når det flytter sedelighetsforbrytere i nærheten.<sup>27</sup> Riktignok er dette et vurderingselement ved eventuell innvilgelse av 2/3 tid, men avgjørelsens resultat vil likevel ikke alltid harmonere med situasjoner hvor folk kan kjenne seg utrygge.

Likebehandlingshensynet som er et grunnprinsipp i norsk rett, blir også fraveket ved prøveløslatelser. Domstolenes tilstrebing for å skape forutberegnlighet og likhet, blir følgelig avveket i form av at likt straffbart kan få forskjellig soningsmessig innhold. På

---

<sup>26</sup> Jmfr. avsnittet om retningslinjene og løslatelse kort tid før løslatelse ellers skal skje etter strfgj.l. § 42 femte ledd.

<sup>27</sup> Asker og Bærum Budstikke. 10.10.2005. "*Pedofil prøveløslates fra Ila*".

mange måter kan en si at en fratrer dette likhetsprinsippet basert på en administrativ vurdering.

Et annet hensyn som taler mot instituttet er at den innsatte kan føle håpløsheten ved å ikke få innvilget 2/3 tid, for så å ta igjen for frustrasjonen inne i fengselet. En innsatt som for eksempel er gjenganger har ikke noe å tape (utover straffen ved disiplinærreaksjonen) når han kommer inn, og dette gjenspeiles også ofte i disiplinærvedtakene. Slik sett kan dette gå utover ansatte og meddinnssattes sikkerhet i fengslene. En kan selvfølgelig stille spørsmål ved om atferdsvurdering som det sentrale tema ved prøveløslatelser er rettferdig, men det er nå en gang det som er et hovedvurderingstema fra lovgiver.

En kan også stille spørsmålstegn ved hvor effektivt instituttet er? På mange måter tilsier ikke tilbakefallefrekvensen i Norge at dette fungerer etter hensikten. Det kan for eksempel sees som en logisk brist i argumentasjonen at mange av de domfelte som blir nektet prøveløslatelse, neppe vil ha større muligheter for å klare seg uten hjelp fra kriminalomsorgen. Disse settes ”rett på gata” og en har ikke noe videre ansvar etter at innsatte har sonet full tid. Det er ironisk nok de med mest problemer i straffegjennomføringen, som kanskje også trenger sterkest oppfølging.

## **1 Forholdet mellom straffegjennomføringsloven og forvaltningslovens saksbehandlingsregler**

### **1.2 Utgangspunktet**

Det kan oppstå spørsmål om hvilke regler som skal gjelde ved behandling av fangesaker. Etter fvl. § 1 gjelder forvaltningsloven for ”den virksomhet som drives av forvaltningsorganer”, og fengselsmyndighetenes vurdering av prøveløslatelse etter straffegjennomføringsloven § 42 faller naturlig inn under ordlyden i forvaltningslovens § 1.

Det kan imidlertid virke noe unaturlig å definere prøveløslatelser som noe som gjelder innsattes "rettigheter og plikter" jmf. fvl. § 2 b), men tolkningen blir underbygget av straffegjennomføringsloven § 7, hvor det fremgår eksplisitt at forvaltningsloven kommer til anvendelse med visse unntak. Forvaltningsloven bygger også på et rettsikkerhetsmessig hensyn i den forstand at den setter minstekrav til saksbehandlingen, slik at dette også vil tale for at forvaltningsloven kommer til anvendelse.

De saksbehandlingsregler som fengselsmyndighetene plikter å følge i individuelle saker (saksbehandling som gjelder forskrifter kommer jeg ikke inn på) vil bero på en fortolkning av særreglene i strgf.l. § 7, - og dels på forvaltningslovens bestemmelser. Det er imidlertid viktig å avgjøre når vi har å gjøre med et enkeltvedtak å gjøre etter fvl. § 3, da bestemmelsen i fvl. Kap IV – VI kommer til anvendelse, og når vi har å gjøre med fangesaker som ikke rammes av dette.

Det blir ikke drøftet hvorvidt en søknad om prøveløslatelse er et enkeltvedtak etter fvl. § 2 b, da dette er ganske klart. Dette blir lagt til grunn for den videre fremstilling.

## 1.2 Fastsettelse av vilkår og forholdet til myndighetsmisbruk

Her vil det bli reist noen problemstillinger om hvor langt fengselsmyndighetenes kompetanse strekker seg. Som nevnt så ligger et vedtak om prøveløslatelser under det som blir betegnet for det diskresjonære, - eller frie skjønn, og når hjemmelsgrunnlaget er tolket så blir det viktig å avgjøre grensene for hvor langt denne kompetansen strekker seg. Disse grensene må besvares med en anvendelse av alminnelig rettskildelære, samt tolkning ut i fra de alminnelige rettprinsipper.

Problemstillingen er hvor langt strekker fengselsmyndighetenes kompetanse til å sette vilkår som medfører plikter for den enkelte innsatte? Straffegjennomføringsloven § 43 sier eksplisitt noe om adgangen til å sette vilkår ved prøveløslatelse, og utgangspunktet for dette er at en vil forsikre seg om at den innsatte ikke vil begå nye straffbare handlinger i prøvetida. Dette er også kjernen i utilrådelighetsvurderingen etter § 42, som blir nærmere

behandlet i kap 6. For det første så er ilegging av vilkår en ”kan” regel etter ordlyden i lovteksten. Det betyr at det kun kan ilegges dersom det fremstår som sikkerhetsmessig nødvendig for å sikre en forsvarlig gjennomføring av prøvetida. Med andre ord så må dette vurderes opp mot de begrensninger som følger ut ifra alminnelig forvaltningsrettslige prinsipper som vilkårlighet, utenforliggende hensyn i form av personlige kjennetegn (rase, religion, legning), sterke antipatier, sympatier, forhold som er sterkt urimelige osv.

Det første spørsmålet som kan stilles er hvorvidt fengselsmyndighetene har anledning til å sette vilkår som ikke er nedfelt i § 43? Forarbeidene sier ingenting om dette, det er heller ingen rettspraksis på området. Hvis det ilegges vilkår som ikke fremgår direkte av lovteksten så har vanligvis domstolene vært avholdene med å avskjære forvaltningsmyndighetenes adgang til å sette vilkår, selv om ikke dette fremgår eksplisitt av loven. Spørsmålet blir da om de vilkår som er betegnet i § 43, vil ekskludere fengselsmyndighetene fra å sette andre vilkår?

Mye taler nok her for at fengslene ikke skal behandles annerledes enn andre forvaltningsorganer, slik at de også vil ha mulighet til dette. Imidlertid må nok dette være avhengig av at vilkårene har et saklig innhold og en saklig sammenheng med det formålet som vilkårene er antatt å ha. I denne sammenheng fremgår det i både lovtekst og forarbeider at formålet med vilkårfastsettelse er at den innsattes skal hindres tilbakefall til kriminalitet, slik at reelle hensyn og lovens formålbestemmelse taler for dette. I følge retningslinjene er det kun vilkår som er rettet mot forbygging av ny kriminalitet som kan ilegges, slik at vilkår rettet mot domfeltes behov for oppfølging og støtte, kan ikke ilegges etter forarbeidene. Ved vurderingen av slike vilkår så må det også tas i betraktning at de skal være forholdsmessige, og av en slik art at de ikke skal fremstå som sterkt urimelige. Det vil for eksempel kunne oppleves som sterkt urimelig hvis en innsatts som har yrkesbakgrunn som langtransportsjåfør må møte på det lokale friomsorgskontoret en gang i uka, og følgelig ikke vil kunne skjøtte sin jobb. Dette må imidlertid underlegges en konkret vurdering på forhold til de overnevnte prinsipper, hos både friomsorg og fengselsmyndigheter.



Et interessant spørsmål oppstår i forhold til de situasjoner hvor fengselet setter vilkår som innsatte ikke har reell mulighet til å oppfylle? Dette kan for eksempel være vilkår om et forsvarlig bo-tilbud, eller vilkår om at den innsatte må være underlagt et forsvarlig tilbud som kan sikre han mot rusproblemer og påfølgende økt sannsynlighet for kriminalitet. I en slik situasjon må det vurderes om fengselet har gjort det som alminnelig kan ventes for å sikre den innsatte et forsvarlig tilbud. Hvis for eksempel kontaktbetjenten eller andre i fengselet bevisst har trenert den innsattes mulighet for å få et opphold på institusjon, hvilket kan være betinget av sterke antipatier eller andre utenforliggende hensyn, så vil dette vilkåret kunne bli ugyldig grunnet brudd på likhetsprinsippet og vektlegging av utenforliggende hensyn. Dette vil også være et spørsmål om hvor langt fengselet sin plikt til å hjelpe den innsatte vil strekke seg jmf. § 43 og kap XX. Hvis det derimot foreligger plassmangel, eller helseregionen ikke finner å kunne bevilge penger til innsattes opphold, så vil dette i større grad kunne oppfattes som en legitim begrunnelse for vilkårfastsettelsen, da dette har en saklig sammenheng.

Et annet tilfelle hvor fengselsmyndighetene var beskyldt for myndighetsmisbruk i forbindelse med permisjon fremkommer i Sivilombudsmannes årsmelding 2001-2002 <sup>28</sup> Bakgrunnen var at den innsatte hadde vært på permisjon og det ble stilt som permisjonsvilkår at den innsatte skulle avgi urinprøve ved ankomst. Den innsatte hevdet at han ikke klarte å avgi urinere i betjentenes nærvær, og fikk dokumentert fra fengselet psykolog at han hadde en psykisk sperre mot å urinere på kommando. Innsatte fikk et alternativt tilbud mot å avlegge prøven naken i glattcelle, men klarte heller ikke her å avlegge urinprøven.

Bakgrunnen for at dette eksempelet er interessant er fordi at en slik hendelse kan bidra til å nekte prøveløslatelse, samt bli oppfattet som et vilkårbrudd i forbindelse med at den innsatte skal møte upåvirket for friomsorgen. Sivilombudsmannen mente først at det skulle tas hensyn til innsattes problem og legeerklæring, men frafalt senere dette. Det rettslige

---

<sup>28</sup> Sivilombudsmannes årsmelding 2001-2002. Dokument .nr.4. Punkt 41. side 176

problemet her blir hvorvidt fengselsmyndighetene har ilagt den innsatte et vilkår som må betegnes som et uforholdsmessig inngrep. I en slik vurdering vil det være naturlig å se på vilkårets formål, og hva fengselet har gjort for å avhjelpe den innsattes situasjon best mulig. Formålet er klart nok å hindre at innsatte skal være påvirket av narkotiske stoffer, og en må også vurdere forholdsmessigheten av inngrepet kontra de preventive hensyn. Preventive hensyn og sikkerhetsmessige hensyn vil være av særlig sterk betydning i en situasjon som dette, og mye taler derfor for at fengselsmyndighetene har rett til å ilegge et slikt vilkår. Sivilombudsmannen tar i første omgang til orde for at den innsatte ble underlagt en avtale som måtte korrigeres, men dette er neppe holdbart. Fengselsmyndighetene ilegger etter min oppfatning ikke avtale med den innsatte, men et ensidig vilkår som ilegges for at den innsatte skal få det godet som han søker om. Dette er uforbeholdent og vil som regel være en forutsetning for det tilsøkte godet, enten det er i form av permisjon eller prøveløslatelse. Hensyn til likebehandlingsprinsippet taler for dette. Hvis den innsatte skulle være underlagt avtaler med aksept, og forhandling, så vil vilkårene i stor grad baserer seg på innsattes forhandlingsposisjon og en helt annen vurdering enn det straffegjennomføringsloven gir hjemmel for. Et annet moment er at vilkår kan påklages, slik at det vilkår neppe kan behandles som avtale og med påfølgende avtalerettslige prinsipper.

## 1.2 Likhetsprinsippet og lokale variasjoner

Det forvaltningsrettslige grunnprinsippet om at like tilfeller skal behandles likt, kommer på spissen i to sammenhenger i fengselsretten. For det første så er det interessant i forhold til at fengslene praktiserer regelsettet om prøveløslatelser overfor de innsatte forskjellig, hvilket medfører regionale og lokale variasjoner. For det andre så er det interessant i den forstand at de innsatte kan behandles ulikt av samme fengsel, selv om de objektivt sett har en nesten identisk forhistorie.

At det er de lokale fengslene som skal behandle søknader om prøveløslatelser er under stadig debatt, og særlig blusser denne debatten opp hvis fengslene gjør en feil i

vurderingen, ved at det for eksempel blir begått nye kriminelle handlinger under permisjon eller prøvetida.<sup>29</sup> Det har som nevnt vært en pågående debatt om saksbehandling av løslatelser burde vært flyttet til regionsnivå eller domstolene. Fordelen er at en kan sikre en sterkere grad av likebehandling ved å se større områder under ett, mens ulempene vil klart være knyttet til administrative og økonomiske kostnader. Det rettslige spørsmålet vil derfor bli hvorvidt ulikhet mellom regioner vil fremstå som et brudd på likhetsprinsippet og rettsikkerhetsmessige grunnprinsipper?

I praksis så er det vanskelig å bevise tilsiktede forskjeller fordi vurderingene av prøveløslatelse er såpass skjønnsmessige, samt at fangestrukturen er såpass forskjellig fra fengsel til fengsel. Hvis det oppstår store variasjoner mellom fengslene så må vedtakene vurderes konkret fra sak til sak. Adgangen til å klage etter strfgj.l. § 7 bokstav e er derfor ett viktige rettsikkerhetsmessig prinsipp, som i stor grad vil kunne vurdere forhold mellom de ulike fengslene. Forskjeller mellom regioner står neppe i noen annen rettslig stilling enn det øvrige deler av forvaltningen praktiserer. For eksempel vil de ulike fylkesmenn og noen ganger også fylkeskommuner være regionale klageinstanser ved påklagninger av lokale vedtak. Spørsmålet blir derfor om prøveløslatelser må anses som såpass inngripende at det burde være underlagt et spesielt vern utover det som er vanlig i ordinær forvaltningspraksis? Dette er ikke et tema som finner noe omhandling i verken dommer, forarbeider, eller juridisk teori, men det kan tenkes at dette spørsmålet kan reises med påberopelse av EMK art. 6.

I praksis vil dette være tilnærmet umulig å bevise at en region eller ett fengsel praktiserer reglene for strengt eller løssluppent i forhold til de andre. Ulik forvaltningspraksis vil neppe være en rettskilde som vil stå seg som argument for å påpeke feil, til det er som sagt fangebefolkningen for forskjellig. Domstolene vil på bakgrunn av tidligere rettspraksis også være tilbakeholdne med inngrep i det diskresjonære skjønn, slik at det kun er regelanvendelsen som vil bli prøvet. Ved selve utøvelsen av skjønnnet så har regionene alle

---

<sup>29</sup> Jmfr. Aker Brygge ranet 2004. Ran begått under permisjon, med påfølgende debatt om fengslenes påståtte naivitet.

muligheter til å overprøve fengslene slik at rettsikkerhetshensynet er tillagt vekt. Videre vil innsatte ha enda en mulighet i form av domstolsprøvelse og innkopling av Stortingets ombudsmann, slik at reelle hensyn taler for at lokale prøveløslatelsesvurderinger, - til tross for dets inngripende karakter, - ikke strider mot likhetsprinsippet.

Et annet og mer relevant spørsmål oppstår i de situasjoner hvor det oppstår forskjeller mellom behandlingen av de innsatte, til tross for at de har forholdsvis lik forhistorie. I mange tilfeller oppleves saksbehandlingen som uvilkårlig av de innsatte, men spørsmålet er da om grunnene har tilstrekkelig vekt for å rettferdiggjøre forskjellsbehandlingen? Hvis det er to helt identiske saker så skal det i teorien gis samme saksutfall, men i praksis er hele skjønnsutøvelsen i stor grad en subjektiv vurdering av den innsatte. I følge retningslinjene til strgj.l. § 42 er kontaktbetjentene sin uttalelse et skjønnsmoment. I mange tilfeller vil slike uttalelser være høyst individuelle, og to like domshistorier med lik soningshistorie, vil i ytterste konsekvens kunne bli vurdert forskjellig på bakgrunn av en slik uttalelse. Et spørsmål må da være bakgrunnen for uttalelsen, og det kan reises spørsmål om sterke følelser den ene eller andre veien vil kunne gjøre kontaktbetjenten inhabil i sin uttalelse?

Inhabilitet vil si at det foreligger omstendigheter som er egnet til å svekke tillitten til hans upartiskhet, og dersom disse omstendighetene foreligger så avskåres tjenestemannen til å forberede saken etter fvl. § 6. Ikke sjelden kan det høres fra innsatte at personlige motsetningsforhold mellom den innsatte og den ansatte er såpass sterke, at påstander om at tjenestemannen er ”partisk” og at den innsatte blir ”urettferdig” behandlet. Det avgjørende vil være om tjenestemannen har så sterke negative holdninger til den innsatte at det er ”egnet til å svekke tillitten til hans upartiskhet” etter fvl. § 6 annet ledd. I et fengsel vil det svært ofte forekomme motsetningsforhold mellom innsatte og tjenestemann, og dette vil neppe bli betegnet som noe ”særegnet” slik § 6 annet ledd krever.<sup>30</sup> Det vil dessuten bli praktisk umulig å erklære alle som har hatt negative erfaringer med en innsatt for inhabile, men en tjenestemann plikter etter fvl. § 8 å etterkommet et krav fra en innsatt om at en overordnet skal avgjøre inhabilitetsspørsmålet dersom det kan skje uten ”vesentlig

---

<sup>30</sup> Eskeland, Ståle. ”Fangerett” side 410- 412

tidsspille”. Hvis tidsfaktoren ikke har noen betydning så taler mye for at den innsatte har samme vern mot inhabilitet som andre, men det skal nok svært mye til før en tjenestemann blir rammet av en slik habilitetskonflikt. Muligens vil dette kunne komme til anvendelse hvis tjenestemannen har blitt utsatt for grove voldsepisoder, trusler eller lignende, men dette bli i så fall gjenstand for en konkret vurdering.

## 1.2 Nærmere om begrunnelse og dokumentinnsyn.

I relasjon til likhetsprinsippet må det som sagt være begrunnelsene som er avgjørende for legitimiteten for avvik mellom ellers like forhold. I strgj.l. § 7 d fremkommer det en unntaksregel som sier at begrunnelse kan utelates. Dette er et eksplisitt avvik fra fvl. § 24 som sier at enkeltvedtak skal grunngis. Dette kan forekomme i de tilfeller hvor begrunnelsen vil ”røpe opplysning som er unntatt fra adgangen til innsyn etter bokstav c”, som nekter innsyn i dokumenter som inneholder opplysninger som det av hensyn til en annen person må anses utilrådelig at parten får kjennskap til. Eller at det er utilrådelig grunnet sikkerhetsmessige hensyn, eller av hensyn til etterforskning av straffbare forhold. Begrunnelsen for denne regelen ligger i at innsatte ikke skal få tak i opplysninger som kan ødelegge for en etterforskning, eller få sensitiv informasjon som kan true innsattes sikkerhet. Dette kan også gjelde i forhold til rømning. Som resultat ligger det i dette at den innsatte står i en dårligere rettsikkerhetsmessig posisjon enn ved andre forvaltningsvedtak.

I dette ligger det tre rettslige problemstillinger. For det første så blir spørsmålet hva som skal til for å nekte innsatte en begrunnelse samt innsyn i et vedtak om en prøveløslatelse? For det andre så er spørsmålet om den innsatte kan kreve innsyn og begrunnelse hvis forholdene ikke lenger gjør det tilrådelig, og for det tredje kan det reises spørsmål om innsattes advokat eller fullmektig identifiseres helt med den innsatte, eller om denne kan få innsyn og begrunnelse for å forsvare innsattes interesser.

Det mest praktiske ved å nekte innsyn og begrunnelse ved prøveløslatelser, oppstår i forhold saker hvor det taler for det av hensyn gjerningsmannens fornærmede eller

fornærmedes etterlatte. Dette må sees i relasjon til strgj.l. § 36 tredje ledd, hvor fengselet har adgang til å varsle fornærmede i straffesaken, i forbindelse med innvilgelse av søknad om permisjon eller straffavbrudd. Det samme er spesifikt opptegnet i § 42 syvende ledd, som direkte retter seg mot løslatelse. Dette er i utgangspunktet taushetsbelagte opplysninger som av hensyn til fornærmede er et unntak. En søknad om prøveløslatelse kan derfor nektes med den reelle begrunnelsen at det foreligger fare for at innsatte vil kunne oppsøke fornærmede (ved oppholdsforbud), eller ved at det ved andre tilfeller er mistanke om at den innsatte kan krenke den fornærmedes rettigheter. En utelatelse av begrunnelsen kan derfor bidra til å redusere innsattes hevngjerrighet overfor fornærmede. Det er imidlertid fullt mulig at innsatte kan gis permisjoner, men ikke løslatelse dersom det virker tilrådelig.

Spørsmålet så bli om innsatte i ettertid kan kreve innsyn i dokumentene samt kreve å få en begrunnelse, når vilkåret for å holde underretningen er borte. For eksempel kan dette være tilfelle hvis fornærmede har flyttet utenlands på hemmelig adresse, slik at det ikke lenger er reell fare for å oppsøke fornærmede. Eller at nektelsen av prøveløslatelsen var av hensyn til etterforskning av straffbare forhold som i ettertid er oppklart.

På bakgrunn av forvaltningens forholdsmessighetsprinsipp og begrensninger i forhold myndighetsmisbruk, så taler disse prinsippene for at innsatte kan få innsyn og begrunnelse for vedtaket som ble gjort, så lenge forutsetningene for vedtaket er borte. Dette må gjelde særlig i forhold til nektelse på bakgrunn av hensyn til etterforskning av straffbare forhold, mens det er noe mer gråsonen for hvordan dette vil stille seg i forhold til fornærmede. Igjen må en da se på begrunnelsen for vedtaket (som innsatte ikke har sett) for så å vurdere konkret om det er forhold ved den fornærmede som fortsatt gjør at det av hensyn til vedkommende taler for å holde begrunnelsen tilbake. Forholdet til etterfølgende begrunnelse fremgår ikke i dom, lov eller forarbeider, men som sagt så vil nok en del reelle hensyn tale for at den innsatte ikke skal bli fratatt muligheten for etterfølgende kontroll av vedtaket, dersom det ikke lenger fremstår som nødvendig i forhold til den opprinnelige begrunnelsen.

Det neste spørsmålet er om innsattes advokat eller fullmektig kan tillates å få den reelle begrunnelsen i vedtaket? Hvis advokaten gis slikt innsyn så taler hensynet til innsattes rettsikkerhet for dette, slik at hans interesser blir ivaretatt av noen utenforstående som representerer han. Her taler nok mye for at forvaltningslovens § 9 første ledd c) kommer til anvendelse. Denne gir mulighet for at en representant kan få innsyn i sakens dokumenter dersom ikke særlige hensyn tilsier noe annet. Mye taler derfor for at innsattes advokat kan få innsyn, under den forutsetning at den innsatte samtykker til dette.

## 1.2 Forsvarlig saksbehandling

Mens det tidligere er drøftet problemstillinger knyttet til adgangen til å fatte beslutninger i vedtaks form, vil det nå blir drøftet noen problemstillinger knyttet til selve utformingen av vedtaket. Et ulovfestet grunnprinsipp i norsk forvaltningsrett er at saksbehandlingen i forvaltningen skal være underlagt en forsvarlig saksbehandling. Visse deler av dette prinsippet er lovfestet som for eksempel at saken skal være så godt opplyst som mulig jmf. fvl. § 17, mens andre er ulovfestet ved at en for eksempel skal svare på henvendelser uten ugrunnet opphold, ta gjenparter av brev, høre begge parter dersom det er interessemotsetninger etc. Fengselsretten er noe spesiell da noen av disse prinsippene kan fravikes etter strgf.l. § 7.

Forvaltningsloven, har ikke har noen generell bestemmelse som tilsier at all saksbehandling skal være skriftlig. Derimot forutsetter flere bestemmelser dette bl.a. fvl. § 18 og § 19 og strgf.l. § 7 c) og d) om dokumentinnsyn, som forutsetter at det må være et dokument å få innsyn i. Fvl. § 16 om forhåndsvarsel, og § 23 om enkeltvedtak forutsetter at dette gis skriftlig.<sup>31</sup> Ved strgf.l. § 7 b så kan den innsatte kan underlegges muntlig saksbehandling dersom tidsmessige hensyn taler for det. I forarbeidene står det at det imidlertid forutsettes at den innsatte gis et skriftlig vedtak i etterkant, for å trygge innsattes rettsikkerhet.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Eskeland, Ståle. "Fangerett" side 425

<sup>32</sup> Ot. Prp. Nr. 5 side 151

Det interessante spørsmålet her blir i hvilke situasjoner prøveløslatelser kan komme i en slik stilling at vedtaket kan gjøres muntlig, og om dette i så fall vil tilfredstille strfgj.l. § 41 som tilsier at forberedelse av prøveløslatelse skal skje i god tid før løslatelsestidspunktet? Bakgrunnen for denne regelen er hensynet til kontradiksjon, både i forhold til at alle aspekter ved saken skal belyses, men også i forhold til at potensielle fornærmede skal varsles. Dette må nok også begrunnes med at den innsatte skal ha mulighet til å kunne påklage vedtaket slik at han får uttømt sine klagemuligheter før han eventuelt kan bli løslatt.

Det må nok fremstå som ganske klart at § 41 må fremstå som hovedregelen ved innsattes saksbehandling. En konsekvent praksis hvor en hele tiden behandlet søknader muntlig, og samme dag som innsatte skulle løslates vil nok ikke tilfredstille de intensjoner som lovgiver har hatt ved § 41. Mye taler derfor for at § 7 b må sees på som en unntaksregel.

Spørsmålet er om denne i det hele tatt er tiltenkt brukt i særlig stor grad ved løslatelsesspørsmål? Mye taler nok for at denne hovedsakelig tiltenkt på helt andre forhold som disiplinærsaker, overflyttinger mellom fengsler grunnet ekstraordinær karakter osv. I visse tilfeller kan det likevel tenkes at fengslene begår en glipp i forhold til prøveløslatelser, slik at søknaden kommer for sent. Dette kan fort forekomme i store fengsler med hyppige avdelingsbytter, og et slikt spørsmål var oppe i Sivilombudsmannens årsmelding i (2004 – 2005) <sup>33</sup>. Forholdet var da at en innsatt hadde sendt en søknad om soningsavbrudd i forbindelse med en ny straffesak, og subsidiært velferdspermisjon, to måneder før saken skulle opp. Innsatte fikk svar mens den nye straffesaken pågikk, og derav midt i perioden han hadde søkt om. Sivilombudsmannen konkluderte med at fengselet hadde brutt kravene til forsvarlig saksbehandling ved at innsatte ikke fikk muntlig varsel, samt at saksbehandlingstiden var urimelig lang.

---

<sup>33</sup> Sivilombudsmannens årsmelding i (2004 – 2005) Dokument 4. side 166



Spørsmålet er om fengslene i noen grad kan bli erstatningsansvarlige ved feil som er begått fra deres side? Vil det for eksempel være aktuelt å gi innsatte erstatning hvis han søker om løslatelse etter 2/3 tid, pluss fremskutt permisjonstidspunkt etter KSF 2003, hvor han da får nei hos fengselet, - klager og så får besluttet innvilgelse av regionen?

Det fremgår ikke noe sted i straffegjennomføringsloven at fengslene kan bli erstatningspliktige, og her taler nok mye for at en må se på forvaltningslovens alminnelige regler ved brudd på forvaltningsloven. I fvl. § 36 første ledd fremgår det at et forvaltningsvedtak som blir endret til gunst for en part kan tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket. Dette taler for at den innsatte kan få dekket sine advokatutgifter dersom dennes arbeid har vært avgjørende for omgjøringen av vedtaket. Hvorvidt advokatens arbeid har vært nødvendig for omgjøringen, må bli en konkret vurdering som ligger inn under forvaltningens diskresjonære skjønn. Med andre ord så vil denne vurderingen bli avgjort i form av et nytt vedtak basert på sakens karakter.

Det andre spørsmålet er som sagt om den innsatte kan fremme erstatningssøksmål dersom forvaltningen har urettmessig nektet han prøveløslatelse? Dette finnes det ikke noe svar på i forarbeider, dommer eller andre rettskilder og det kan nok være relevant å trekke inn hendelser i forhold til urettmessige fengslinger etter straffeprosessloven kap. 31 om erstatning i anledning forfølgning. Ved en urettmessig straffeforfølgelse av en person så kan han tilkjennes erstatning etter strpr.l. § 444 jmf. § 445. Det er viktig å merke seg at kravene for dette er strenge i den forstand at forfølgningen må anses som innstilt, eller han blir frifunnet. I tilfeller med oversittelse av prøveløslatelsestidspunktet så stiller dette seg i en annen posisjon. Innsatte har fått en (forutsetningsvis) rettmessig straff, og adgangen til å kunne avgå på 2/3 tid må anses som et gode som innsatte kan bli gitt under de omstendigheter som § 42 betegner.

Å trekke en analogi fra straffeprosesslovens kap. om slike erstatningssaker blir etter mitt skjønn ikke helt riktig da disse er tiltenkt grovere forhold mot rettsikkerheten enn det

prøveløslatelse representerer. Det er klart mer tungtveiende å tilkjennes erstatning hvis en må sone en dom for noe en ikke har begått, kontra å sitte noen dager over 2/3 tid. Imidlertid vil forvaltningens forklaring til omgjøringen være av betydning. Hvis feilen har oppstått grunnet sterke brudd på saksbehandlingsreglene, så kan nok mer tale for at den innsatte kan erkjennes en viss kompensasjon, men det må nok mye til for at dette kan komme til anvendelse. En må som sagt konkret vurdere saken også i forhold til hvor lang tid innsatte har sittet over prøveløslatelsestidspunktet. Har innsatte sittet mange år grunnet åpenbare feil ved saksbehandlingen så må dette selvfølgelig vurderes annerledes enn om forholdet strekker seg til noen dager. Til støtte for dette synet kan en nok også finne hvis en tar utgangspunkt i situasjoner hvor personer urettmessig blir innbrakt i politiarrest, og lider påfølgende skade. I slike tilfeller skal det svært mye til før disse blir tilkjent erstatning, og mye taler da også for at terskelen må anses høy før fengslene skal være erstatningspliktige.

## 1.2 Bruk av substitutter

I forvaltningen generelt er det ikke uvanlig at uformelle avslag gis i muntlig form på åpenbare avslag. Selv om en kan skissere en del rettpolitiske forestillinger mot dette, så er det nok klart at dette kan spare forvaltningen for en del arbeid, og det må også antas at dette forekommer i fengslene. Det som er interessant er hvorvidt fengselet står i posisjon til å "forhandle" med den innsatte vedrørende prøveløslatelser? En slik situasjon kan tenkes hvor kan gi et uformelt "nei" til innsatte om prøveløslatelse, men si "ja" til en anbefaling av overføring til institusjon etter § 12, eller at det gis et positivt signal om å anbefale overføring til et åpent fengsel, frigang eller andre progresjonsrettede virkemidler. Med andre ord så benyttes substitutter i stedet for at innsatte vurderes etter § 42. Omvendt kan det også tenkes at det først blir gitt nektelse om prøveløslatelse, for så å "kompensere" dette med et substitutt. De rettslige spørsmålene vil da blir hvorvidt fengselsmyndighetene har adgang til å "forhandle" bort prøveløslatelser, samt i hvilken grad fengslene er bundet av forhåndstilsagn?

Vedrørende fengselsmyndighetenes adgang til å bruke substitutter for § 42, så må det åpenbart være den reelle begrunnelsen ved vurderingen som er avgjørende for avgjørelsens

legitimitet. Hensynet til økonomisk effektivitet kontra hensynet til kontradiksjon er nok de to balanserende hensyn i så måte. Hvis det fremstår som helt åpenbart at innsattes søknad ikke vil bli fanget opp under § 42, bør det ikke være noe i veien for at den innsatte gis muntlig beskjed om at han heller burde søke om andre soningsalternativer. Faren for dette er imidlertid at innsatte blir undergitt en hel del ”synsing” og muligens ukvalifisert ”gjetting” fra de ansatte, så mye taler nok for at det bør vises tilbakeholdenhet med slike uformelle vurderinger.

Her som ellers må begrunnelsen vurderes opp mot forvaltningslovens alminnelige saksbehandlingsregler og adgangen til å benytte substitutter vil være avhengig av begrunnelsen. Spørsmålet er om fengselet kan legge vekt på innsattes sosiale forhold, slik at de er kjent med at innsatte egentlig har anledning til å kunne bli frigitt på 2/3 tid, men er av den oppfatning at han vil ha best av å bli overført til § 12 soning. Det vil være i gråsonen av hvorvidt det er legitimt å love innsatte § 12 soning, eller åpen soning mot at han ikke sender en søknad om løslatelse etter § 42 (som fengselet vet at han etter all sannsynlighet vil få gjennomslag for), eller at fengselet nekter løslatelse etter egen vurdering grunnet at innsatte for eksempel har fått institusjonsopphold. Hovedkjernen i vurderingen her må være hva som må anses som mest hensiktsmessig overfor den innsatte. En sviktfarevurdering må legges til grunn ved både overføring til §12 og åpen soning, slik at en må stille strenge krav til begrunnelsen for at innsatte vil ha det bedre i et åpent fengsel eller på en institusjon. I mange tilfeller opplever nok innsatte å få tilfredstillende hjelp av det offentlige for første gang når de sitter inne, men på den annen side så kan ikke substitutter i fengselets regi fungere som sosiale støtteordninger. Til dette har vi andre sosiale støtteordninger.

## **1 Nekt av løslatelse og forholdet til dobbeltstraff**

De handlinger som kan føre til nektelse av prøveløslatelse etter strgj.l § 42, kan samtidig være straffbare etter alminnelig norsk strafferett. Etter strpr.l § 51 har ikke vedtak om nektelse av

prøveløslatelse negativ materiell rettskraft overfor senere straffesak om det samme forhold. Tilleggsprotokoll 7 til EMK (P7) derimot, inneholder et forbud mot å bli straffeforfulgt to ganger for det samme straffbare forhold. Formålet med dette er å forhindre at staten skal begå inngrep i borgernes rettsfære som oppleves som tilfeldige og urettferdige. Den påfølgende drøftelse vil vurdere forholdet til mellom dobbeltstraff og forholdet til nektelse av prøveløslatelse. Forholdet til grunnloven § 96 vil bli holdt utenfor.

Spørsmålet her er holdbarheten av de prøveløslatelsesregler som ble gitt i 2001, etter en lovgivningsprosess hvor lovgiver var oppmerksom på forholdet til EMK. En konstatering av brudd på protokoll 7 art. 4 nr. 1 vil medføre at straffesakene må avises fra domstolene, mens de muligens vil kunne blitt fremholdt hvis prøveløslatelse ble gitt. En konsekvens av et slikt brudd vil være at det norske prøveløslatelsessystem må omlegges, og en slik omlegging vil nok ikke bare omfatte tiltalte som er tiltalt for nye straffbare handlinger. Et tilbakefall til ordningen med automatiske prøveløslatelser er i dag neppe sannsynlig, og det er ikke gitt at alternative løsninger ville gitt innsatte flere fordeler. Disse betraktningene er relevante i den forstand at dette nok har dannet et visst bakteppe for Høyesterett som vurderte spørsmålet om prøveløslatelser og dobbeltstraff i Rt. 2004 s 927. I den følgende drøftelsen vil jeg ta utgangspunkt i denne dommen, samt at jeg vil forutsette at innsatte nektes prøveløslatelse på bakgrunn av en straffbar handling, for så å knytte noen spørsmål om mot dette.

## 1.2 Er nektelse av prøveløslatelse det samme som straffeforfølgelse?

Et grunnvilkår for at bestemmelsen i protokoll 7 skal komme til anvendelse er at avgjørelsen gjelder *straff*. Etter norsk rettstradisjon har vi både sosialt og rettslig hatt et skille mellom disiplinærstraffer og straff i lovens forstand. Straff har tradisjonelt vært oppfattet å ha ett noe annet preg, men siden det ikke finnes noen definisjon på begrepet straff i loven så må dette fastsettes på annet grunnlag. En utvei er å ta utgangspunkt i Andenæs sin klassiske definisjon av straff som et onde påført av staten overfor lovovertreder, i den hensikt at han skal føle det som et onde. Hvis en legger denne forståelsen til grunn så tyder mye på at disiplinærvedtak og nekt av prøveløslatelse faller inn under Andenæs sin definisjon. Det dreier seg om onder

påført den enkelte innsatte med den hensikt å straffe grunnet en overtredelse. Hvis en legger en slik tolkning til grunn så vil straff og disiplinærvedtak kunne være likestilt med straff, men en slik slutning som ikke er basert på noen rettskildefaktorer har neppe noe særlig for seg

For å avgjøre dette vil det være relevant å se på utbredelsen av prøveløslatelser. Hvis den innsatte kan forvente seg en prøveløslatelse, vil mye tale for at en nektelse vil anses som straff. Til inntekt for dette kan det vektlegges at innsatte blir informert om ”forventet løslatelsestidspunkt” som er basert på 2/3 tid ved innkomst i fengselet. Det fremgår i EMD’s avgjørelse Campbell og Fell mot Storbritannia at det er irrelevant om det er tale om en rettighet eller bare en berettiget forventning.

På den annen side så ville dette synspunktet kanskje hatt større betydning før straffegjennomføringsloven trådte i kraft. I EMD’s avgjørelse overfor Cambell-saken så lignet det engelske prøveløslatelsessystemet mer på den praksisen vi hadde med tilnærmet automatikk i 2/3 tid. Etter strgj.l. § 42 så er vurderingen såpass sammensatt at det ikke lenger kan antas å at en har en berettiget forventning om prøveløslatelse. Hvis en blir ilagt et disiplinærbrudd, - hvilket også er et av momentene ved avgjørelsen om 2/3 tid, - så taler dette for at forventningen i så fall reduseres, på bakgrunn av at dette skal vektlegges. Og hvis forholdet er straffbart i tillegg, så kan det legges vekt på uoppgjorte straffesaker, slik at lovens ordlyd heller ikke taler for at dette kan forventes. Stortingets justiskomité sier at ”..ingen har rett eller krav til prøveløslatelse før tiden.” og Høyesterett sier i Rt. 2004 side 927 at det ”system straffegjennomføringsloven innfører gir åpenbart ikke domfelte noe rettskrav på prøveløslatelse”.<sup>34</sup> Med andre ord så taler mye mot at den domfelte i dag kan forvente seg prøveløslatelse, slik at det ikke er noe gode som blir fratatt den innsatte. Det er derimot et gode som *kan* gis, der det finnes tilrådelig.

Med bakgrunn i at det *kan* gis, - så kan det spørres om ikke dette har ett pønalt preg? En nektelse av løslatelsen vil ha store og inngripende konsekvenser for den innsatte, og i flere tilfeller så kan den innsattes nektelse ha domsmessig større konsekvenser, enn en eventuell

---

<sup>34</sup> Inst. O. Nr. 60 (2000 – 2001)

straffeforfølgning for selve handlingen. I stor grad så kan det også hevdes at hele instituttet er basert på å ”oppdra” innsatte, med dette som et vesentlig straffeelement.

Høyesterett sier at formålet er avvergende, og ikke pønalt fordi karakteren og formålet med § 42 skiller seg ut i forhold til straffelovgivningen. Til inntekt for dette brukes EMD's praksis og en henvisning til at prøveløslatelser er underlagt en helhetsvurdering<sup>35</sup>. Det påpekes også at det er snakk om sanksjon under straffullbyrdelse, og at vurderingstemaet er gjentakelsesfare og ikke straff. Sanksjonens innhold blir også trukket fram som et avvik fra det som ellers er å regne som straff i tradisjonell forstand.

Personlig er jeg noe skeptisk til den vurderingen Høyesterett legger til grunn ved sin begrunnelse for prøveløslatelsessystemet. Etter mitt skjønn så er systemet i langt større grad basert på en pønalt karakter enn det Høyesterett gir uttrykk for. Både innsatte og forvaltningen legger etter mitt skjønn større vekt på prøveløslatelsesinstituttet som et disiplinerende kontrollvirkemiddel, snarere enn et avvergende formål for ny kriminalitet. Etter mitt skjønn så er ikke dette alene avgjørende for om instituttet strider mot dobbeltstraff, og jeg mener at det ikke er helt samordning mellom Høyesterett sin oppfatning av straff i forhold til EMK art. 6 og protokoll 7. Det legges til grunn at ett forhold kan betegnes som straff i art. 6, men ikke protokoll 7 på bakgrunn av Engels kriteriene som legger vekt på formålet med reglene. Jeg er personlig noe i tvil om den praksisen Høyesterett bygger på nå vil stå seg i fremtiden, da den virker fragmentert og lite samkjørt. Imidlertid er vel dette et utslag av EMK sin dynamiske karakter.

## 1.2 Gjentatt straffeforfølgning for samme forhold?

At forbudet mot gjentatt straffeforfølgning gjelder bare ny forfølgning for samme forhold må være klart, men det er relevant å reise problemstillingen om det er straffeelementene i straffebudene som skal sammenlignes? Med andre ord så er spørsmålet om samme straffbare

---

<sup>35</sup> Campbell og Fell vs UK. 1984. Avsnitt 72

forhold skal vurderes ut i fra de konkrete straffbare handlinger som er grunnlaget for anvendelsen?

Det er klart at sanksjonsbestemmelsen i strgf.l. § 42 femte ledd er vesensforskjellige fra ulike straffbare handlinger som vil bli rammet av straffeloven. For eksempel retter § 42 seg bare mot innsatte mens straffebudene retter seg mot alle. Den innsatte skal også underlegges en utilrådelighetsvurdering hvor også flere hensyn kan vektlegges, slik at dette taler for at det ikke er snakk om forfølgelse etter samme straffbare handling. Høyesterett er av den oppfatning at nektelse av løslatelse ikke utmåles etter prinsippene om straff, men av hensyn til å unngå ny kriminalitet. Nektelsens kontinuerlig vurdering taler også for at det ikke er forfølgelse av samme straffbare forhold, men kun er et ledd i helhetsvurderingen etter § 42. Hvis nektelsen utelukkende er begrunnet i tiltalebeslutningen, så vil dette muligens kunne stille seg annerledes.

## 1.2 Endelig domfellelse?

En annen problemstilling er hvorvidt nektelse av prøveløslatelse er endelige etter at klagefristen har gått ut? En har fått sin straff, og en er endelig ferdig med forholdet. Det kan oppfattes som urimelig om en nektelse skal komme i tillegg lang tid etter at forholdet har oppstått..

Høyesterett er uenig i dette, og påpeker at fengselsmyndighetene ikke vurderer skyldsspørsmål, men vurderer innsatte ut i fra en helhetsvurdering. Mye taler nok for denne tolkningen, særlig hvis en ser dette opp mot at innsatte underlegges stadige vurderinger (hver tredje måned), i tillegg til at det neppe er forventet eller i tråd med alminnelig rettsfølelse at innsattes handling skal ende i et administrativt vedtak hvor den oppadgående grensen for ”straff” er 20 dager utelukkelse fra fellesskap uten tv på rommet.

Reelle hensyn taler også for at Høyesterett tolker dette i samsvar med hva som lovgiver mente var intensjonen med prøveløslatelse. Hvis den innsatte skulle slippe tiltale for alvorlige

forbrytelser grunnet prøveløslatelse, så ville nok instituttet blitt tilbakeført til den situasjonen vi hadde med automatisk prøveløslatelse. Men som sagt er jeg personlig av den oppfatning at Høyesterett undervurderer systemets pønale karakter.

## **Løslatelse etter 2/3 tid**

### **1 Innledning**

Straffegjennomføringslovens § 42 sier at domfelte kan løslates på prøve når vedkommende har gjennomført to tredjedeler av straffen og minst 60 dager, jfr. 1. ledd. Dette gjelder likevel i utgangspunktet ikke dersom det resttiden er under 14 dager etter 1. ledd, annen setning. I særlige tilfeller kan man også løslates kort tid før løslatelse eller vill skje, men det vil ikke bli behandlet nærmere her. Det kan også reises spørsmål om alle innsatte kan gis prøveløslatelse? Spesielt er det viktig å legge merke til at dette ikke gjelder forvaringsdømte, jmf. strl. 39, og i følge forarbeidene så gjelder heller ikke adgangen til prøveløslatelse for de som soner subsidiær staff.<sup>36</sup>

Lovteknisk er regelen bygget opp slik at første ledd gir anvisning på et "kan" skjønn for prøveløslatelse. Femte ledd regulerer de tilfeller hvor løslatelse ikke skal skje.

I det følgende vil jeg først se på hvilke tilfeller som tilsier at løslatelse ikke skal skje, og deretter vil reglene for hvilke momenter som kan legges vekt på i den skjønnsmessige "kan" – vurderingen, etter første ledd gjennomgås.

---

<sup>36</sup> Ot.Prp. nr. 5



## 1 Tilfeller hvor prøveløslatelse ikke skal skje

Straffegjennomføringslovens § 42, femte ledd sier at løslatelse ikke skal skje dersom ”omstendighetene etter en totalvurdering gjør utilrådelig”. Det er altså utilrådelighetsvurderingen som er det sentrale tema for å **nekte** prøveløslatelser.

### 1.2 Utilrådelighetsvurderingen

Ordlyden ”utilrådelig” er en rettslig standard. Med dette menes at vurderingen endres etter samfunnsforholdene for øvrig.<sup>37</sup> Utilrådelig er således et vagt begrep som språklig sett kan omfatte en rekke omstendigheter. En viss veiledning er gitt i bestemmelsens andre punkt hvor det presiseres at domfeltes adferd under soningen skal vektlegges, samt at det tas i betraktning om det er grunn til å anta at domfelte vil begå nye straffbare forhold i prøvetiden, jmf. § 42. Av ordlyden går det frem at disse momentene ”skal det særlig legges vekt på”, samt at forarbeidene og retningslinjene påpeker at det også kan komme andre vurderingstemaer til anvendelse.

Det skal etter ordlyden foretas en individuell og konkret helhetsvurdering av den domfelte på hvorvidt løslatelsen anses tilrådelig. Dette er også presisert i forskriftens § 3-41, første ledd.

Ved en tolkning av ordlyden i § 42 så kan det se ut som om innsattes atferd skal ilegges større vekt enn faren for nye straffbare handlinger. Bakgrunnene for det er den språklige presiseringen ”...*særlig* legges vekt på innsattes atferd” Den interne vektleggingen mellom disse to komponentene er interessant i den forstand at de kan tas til inntekt å vektlegge ulike begrunnelser for prøveløslatelsesinstituttet. Mens vektlegging av faren for nye straffbare handlinger kan relateres til hensyn som samfunnets behov for beskyttelse av gjengangere, så kan det hevdes at innsattes atferd har større betydning i forhold til prøveløslatelse som et oppdragende og internt disiplinerende element.

---

<sup>37</sup> Boe, Erik. ”*Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*” side 225

Spørsmålet blir så om de to vurderingstemaene kan sidestilles ved vurderingen, eller om noen av dem skal tillegges mer vekt? Etter ordlyden kan det tolkes som om atferden har større betydning, enn andre vurderingstemaer, men dette finner ikke støtte i forarbeidene. Her står det at disse to komponentene skal være likestilt, og skal begge inngå i en individuell og konkret helhetsvurdering etter forskriften §3-41 første ledd.<sup>38</sup> Både i forarbeider, retningslinjer, og forskrifter fremgår det at det også kan legges vekt på andre momenter ved utilrådelighetsvurderingen (som uoppgjorte straffesaker, sosiale forhold, hensynet til den alminnelige rettsfølelse etc.) Spørsmålet blir så om disse alene kan begrunne nekt av prøveløslatelse, selv om momentene ”atferd” og ”nye straffbare forhold” taler for løslatelse?

Ved en slik avgjørelse finner en ikke noe særlig støtte i forarbeidene, utover at det hele skal underlegges en konkret helhetsvurdering. I retningslinjene fremgår det at vurderingen består i oppfyllelse av antall momenter, slik at hvis flere punkter er delvis oppfylt, så vil det være større grunn til nektelse. Dersom domfelte kun kommer inn under et av momentene så må alle vilkårene i punktet være oppfylt. Dette vil da si at hvis domfelte unnlater å møte til straffegjennomføring til angitt tid, så taler ordlyden i retningslinjene for at innsatte kan nektes løslatelse. Det samme legges retningslinjene opp til hvis innsatte motsetter seg prøveløslatelse.

Mye taler for at dette ikke er en helt riktig tolkning. For det første så vil en oppfyllelse av disse øvrige punktene da ha like stor rettskildemessig verdi, som de momenter som lovteksten legger opp til. Retningslinjer er i dette tilfellet en tolkningsfaktor, og av hensyn til legalitetsprinsippet taler lite for at justisdepartementet kan gi såpass inngripende regler i form av et rundskriv. Hvis for eksempel en domfelt ikke ønsker å bli løslatt (noe som skjer fra tid til annen), bør ikke dette alene være avgjørende for at han får bli sittende, slik retningslinjene legger opp til. Hensyn til straffegjennomføringslovens formål, og reelle hensyn taler for at det at de to lovfestede vurderingene bør veie tyngst, slik at de øvrige momentene kan komme som tilleggsmomenter i en helhetsvurdering.

---

<sup>38</sup> Ot.prp.nr 5 (2000-2001) s 113

Selv om denne forståelsen legges til grunn for den videre tolkning, vil det likevel være relevant å vurdere om ”innsattes atferd” i fengselet isolert sett faller inn under ”utilrådelighetsbegrepet”, eller om det kun er en pekepinn i forhold til sannsynlighetsberegningen ved hvorvidt domfelte vil begår nye brudd i prøvetiden? Hvis den siste tolkningen er korrekt så vil ”utilrådelighetsbegrepet” først og fremst sikte til samfunnsbeskyttelsen, slik at det skal mer til hvis innsattes atferd alene vil stå seg som begrunnelse for å nekte prøveløslatelse. Til støtte for denne tolkningen er at det er lite signifikant grunnlag for å bevise sammenheng mellom innsattes opptreden inne i fengselet, og senere opptreden ute i samfunnet. Det kan på mange måter være lettere å oppføre seg innenfor kriminalomsorgens fire vegger, enn ute i samfunnet, - samtidig som dette også kan slå ut i motsatt retning. Mye tyder derfor på at det også må vurderes flere temaer ved utilrådelighetsvurderingen..

Dette gir likevel ikke støtte for å redusere betydningen av innsattes atferd. Lovgiver har bevisst valgt å ta dette med som ett av to eksplisitte vurderingstemaer i lovteksten, og forarbeidene har som sagt likestilt de to komponentene. Det er ingenting som tyder på at en har forlatt sanksjonsmomentet som tradisjonelt har vært et viktig hensyn ved prøveløslatelsesordningen. Det fremgår av retningslinjene at dårlig atferd i seg selv er tilstrekkelig for å nekte prøveløslatelse, og i forvaltningens praksis så er det flere eksempler på førstegangssonere, som har blitt holdt tilbake fra 2/3 tid grunnet en lang rekke disiplinærvedtak.

Spørsmålet er så om det må stilles visse minstekrav til hva slags type atferd som kan begrunne en slik nektelse, samt hvilke kriterier disse skal måles ut i fra? Dette leder en over på innsattes atferd som selvstendig vurderingsmoment i skjønnsutøvelsen

## 1.2 Innsattes atferd

### 1.1.1 Begrepets subjektive karakter

Et problem ved vektleggingen av innsattes atferd er den språklige betydningen av begrepet ’atferd’. Dette kan bety så mangt, slik at ordlyden gir liten veiledning i forhold til de

konsekvenser den kan ha overfor den innsatte. I klare tilfeller som voldsbruk, grove trusler etc. vil dette neppe være noe problem å klassifisere at dette er dårlig atferd, men spørsmålet er som sagt hvilke kriterier det skal legges vekt på? Særlig er dette relevant i forhold til begrepets nedre tolkningsdel. Er et skjellsord overfor en betjent en hendelse som burde være grunnlag for nektelse? Handlingsmønsteret overfor den innsatte er også forskjellig. Mens noen betjenter lar innsatte vaske cella si etter tagging/hærverk, så vil andre skrive rapport med mulig påfølgende disiplinærreaksjon, som igjen kan sette en stopper for prøveløslatelse.

Hva som oppfattes som dårlig atferd i ett fengsel, kan oppleves som bagatellmessige forseelser i andre, og terskelen kan variere sterkt fra rapportskrivere til saksbehandlere.

Nå er imidlertid ikke dette noe spesielt i forhold til andre rettsområder, da individuelle oppfatninger ofte er avgjørende for det skjønnsmessige utfall. Det som er spesielt er at disse kan få så store konsekvenser for den innsatte, at av hensyn til legalitetsprinsippet, likebehandling og forutsigbarhet, - tilsier at dette bør foreligge en noenlunde lik forståelse for hva som skal ligge til grunn ved en slik vurdering.

Det grunnleggende spørsmålet vil derfor være knyttet til hvor dårlig innsattes atferd må være før den skal ha betydning ved vurderingen av prøveløslatesspørsmålet?

### 1.1.1 Innholdet i atferdsvurderingen

For å søke klarhet i hva som ligger i ”domfeltes atferd” så kan det være grunn til å vurdere straffegjennomføringsloven § 40 hvor det er hjemmel for å kunne ilegge disiplinærvedtak i sammenheng med § 42. Forut for en oppstilling av de reaksjonsmidler fengselet har til rådighet, så er også skyldvilkåret oppgitt til å være forsettlig eller uaktsomt brudd på bestemmelser for ro, orden og disiplin. Det er viktig å merke seg at innsatte må ha brutt fengselets regler, slik at en generell ubehagelig fremtreden ikke alene kan medføre disiplinærvedtak. At en har anledning til å ilegge disiplinærvedtak basert på uaktsomt brudd, sier også noe om at skyldkravet er forholdsvis lavt. Dette må nok sees i sammenheng med at

fengselet har begrensede ressurser i forhold til å etterforske bevis, med de rettsikkerhetsmessige utfordringer det medfører.

Hva som ligger i ”ro, orden og disiplin”, er ikke nærmere forklart verken i loven eller forarbeidene. ”Ro” og ”orden” kan språklig sett overlappe hverandre. Av retningslinjene punkt 3.28 fremgår det at det skal være ”nødvendig ro i fengslet. Larm og støy må søkes unngått”. Det kan derfor tyde på at ”ro” henspiller på fysisk ro. ”Orden”, derimot, peker i retning av fangenes daglige situasjon, som for eksempel arbeid og rengjøring av cella. Det er eksempelvis bare tillatt med visse typer eiendeler på cella, jmf. strgf.l § 26. ”Disiplin” er et strengere begrep, som språklig sett peker hen på oppførsel innenfor et regime. Under denne merkelappen kan henføres for eksempel forbud mot bruk av rusmidler og forbud mot bruk av vold.

Fengselet også har andre reaksjonsmidler tilgjengelig utover disiplinærvedtak. Dette kan være muntlig irettesettelse, tap av begunstigelser, anmeldelse, eller også intern flytting til annen og mer restriktiv avdeling innad i fengselet. En generell språklig forståelse av begrepet ”atferd” tilsier at alle slike forhold vil gi en viss pekepinn på oppførselen, men spørsmålet er som sagt hva som kan ilegges betydning etter forhold til § 42? Er det kun disiplinærvedtak som skal legges til grunn, eller er det også andre faktorer som har påvirket oppførselen?

Forarbeidene sier ikke noe om innholdet av atferdsvurderingen, utover at departementet ved utarbeidelse av lovteksten i § 42 tok til følge forslaget fra en rekke høringsinstanser om å eksplisitt likestille atferd, med faren for å begå nye straffbare handlinger.<sup>39</sup> Det som gir størst indikasjoner på dette tolkningsspørsmålet er retningslinjene.<sup>40</sup> Dette har en mindre rettskildemessige verdi enn det for eksempel lovteksten har, og må også tolkes ut i fra det ståstedet.

---

<sup>39</sup> Ot. prtp. Nr. 5 ”Om lov om straffegjennomføring” side 113

<sup>40</sup> Retningslinjene punkt 3.45.2

### 1.0.0 Dokumenterte brudd

For det første legger retningslinjene vekt på at innsatte må ha begått dokumenterte disiplinærbrudd. Hvorvidt dokumentasjonen skal tolkes i tråd med skriftlighet sier ikke retningslinjene noe om. Imidlertid er det nok ikke noe som skulle tilsi dette. Et dokumentert brudd kan like gjerne være oppfanget av et videokamera, som ved en rapport fra en tjenestemann. Vanskelighetene oppstår selvfølgelig i forhold til de tilfeller hvor det er mistanke om straffbare forhold, men hvor en ikke har håndfaste bevis. Her som ellers er taler nok grunnleggende rettsikkerhetshensyn for at en må følge alminnelige regler om bevismessig sannsynlighetsovervekt. Vurderingen av bevisene er underlagt forvaltningens diskresjonære skjønn, hvilket kan påklages.

I følge forarbeidene og retningslinjene skal det legges vekt på ”disiplinærbrudd”. Spørsmålet er om dette er det samme som et brudd med den følgen at det medfører et disiplinærvedtak, eller om dette også innebefatter småbrudd som blir dokumentert i innsattes journal, men aldri videre forfulgt?

I mange tilfeller finnes det innsatte som operer i gråsonen, og er til stadig på kant med reglementet. Dårlig oppførsel og generelle forhold som ikke er utslagsgivende i disiplinærvedtak, er det nok ikke anledning til å legge vekt på. Hensynet til innsattes mulighet til å få innsyn i sitt eget vurderingsgrunnlag og hensynet til kontradiksjon, taler for at det bare er disiplinærvedtak som kan legges til grunn. På den annen side vil mange småhendelser være et viktig bidrag i kontaktbetjentvedlegg, som da kan vurderes i en helhetsvurdering.

#### 1.1.1 Disiplinærbruddenes karakter

Det neste spørsmålet er forholdet til bruddenes kvantitative, og kvalitativt alvorlige karakter. Hvorvidt ”gjentatte brudd” eller alvorlighetsgraden vil være utslagsgivende for om atferden er utilrådelig, vil i stor grad bero på en konkret vurdering. Ved avgjørelse av hva som er gjentatte brudd så kan det reises to problemstillinger. For det første blir det et spørsmål om hvordan en skal vurdere mange brudd som idømmes i en felles reaksjon etter § 40 fjerde ledd? For det

andre blir det interessant å se på bruddenes alder, for så å vurdere hvorvidt alle bruddene kan tas i betraktning i en slags helhetshistorie, eller om disse skal vurderes isolert?

Generelt kan det påpekes at ved en rettskildemessig tolkning av retningslinjer så må det legges til grunn at ordlyden har mindre betydning her, enn ved lovteksten. Slik at tolkningen av ordlyden om ”gjentatte disiplinærbrudd” sier lite om det er vedtakene som skal komme til betraktning, eller om det er handlingens karakter. På bakgrunn av at fengselet også har andre reaksjonsmidler tilgjengelig enn bare disiplinærvedtak, så taler dette for at det er adgang til å vektlegge slike forhold, så lenge der er dokumenterte. Dårlig og manipulerende oppførsel som resulterer i overflytting fra en fellesskap avdeling til en mer lukket avdeling, - vil i stor grad kunne oppfattes som en verre sanksjon enn et vedtak om skriftlig irettesettelse. Motsatt kan også brudd som er så alvorlige at de blir politianmeldt også tale for at det er handlingens karakter som er avgjørende ved vurderingsgrunnlaget, - og ikke følgen av den. Ved en slik tolkning av retningslinjene vil vurderingen av innsattes atferd vil være en helhetsvurdering basert på de enkelte brudd som er foretatt, og ikke nødvendigvis et samlet disiplinærvedtak. Dette harmonere også bedre i sammenheng til forskriften § 3-41.

Retningslinjene skriver at eldre brudd skal tillegges mindre vekt, og forvaltningspraksis har utviklet seg til at disiplinærbrudd som er mer enn 4 måneder blir sett bort i fra.<sup>41</sup> Spørsmålet er om en har anledning til å se innsattes soningshistorie under ett, eller om denne praksisen er mer i samsvar med intensjonene retningslinjene? ”4-måneders regelen” er ikke hjemlet andre steder enn i forvaltningspraksisen, og denne er oppstått på bakgrunn av tidspunktet for når en anses som utelukket for ny permisjon ved tidligere brudd på permisjonsvilkår. Reelle hensyn kan tale for at forvaltningspraksis den praksisen som forvaltningen har funnet frem til er ett fornuftig vurderingstidsrom, men spørsmålet er om en er absolutt bundet til dette?

Til det vil andre tolkningsfaktorer bidra til å besvare dette. En av disse faktorene kan være formålbestemmelsene i straffegjennomføringsloven om at den innsatte skal avhjelpe mot å bidra til ny kriminalitet ved tilbakefall. Sett i denne relasjon kan det være legitimt å sett på

---

<sup>41</sup> Forvaltningspraksis Oslo fengsel

hele innsattes soningshistorie. Hvis innsatte har problemer med rus og gjennomgår perioder med inntak av stoff, hvor en periode kanskje har oppstått for ett halvt år siden, men tilbakefall en stund før søknad om prøveløslatelse, så mener jeg at det må være anledning til å tolke dette i sammenheng. Med andre ord så bli innsattes soningsprogresjon en vesentlig del av vurderingen, slik at dårlig progresjon kan vektlegges.

Et annet poeng er at innsattes handlinger og brudd må kunne vurderes ut ifra alvorlighetsgraden. Nå blir neppe dette tolkningen av hva som er alvorlig, et avgjørende tema i seg selv, men dette gir en indikasjon på tersklene for hva som skal vektlegges. Hva som er alvorlig kan naturlig tolkes ut i fra de øvre grenseområdene som vold, drapstrusler etc. Spørsmålet er om terskelen skal justeres i forhold til hva som er vanlig i fengsler, kontra hva som er vanlig atferd ellers i samfunnet?

De fleste disiplinærbrudd dreier seg om positive urinprøver som blir tatt rutinemessig eller ved mistanke om rus, og spørsmålet er om slike tilfeller er å anse som såpass alvorlig at et par slike hendelser ikke vil kunne få avgjørende betydning i forhold til § 42. Det gis lite indikasjoner på hvordan dette skal vektlegges i forarbeider, forskrifter eller rettspraksis. Forvaltningspraksis vil følgelig være en viktig faktor ved tolkningen av hva som vil være alvorlig eller særlig grovt, som også kan begrunne nektelse ved et enkeltstående tilfelle. Mye kan nok tale for at disiplinærsaker knyttet til rus, vil komme i en mellomposisjon. Det er ikke de alvorligste hendelsene sett i relasjon til sikkerhetsspørsmål, - noe for eksempel vold og mot betjenter og andre innsatte kan være. Og det er heller ikke det minst alvorlige som kan medføre skriftlig irettesettelse etter for eksempel å ha tatt med fellesskapsutstyr på cella.

Det er nok ikke noen hjemmel for å legge for stor vekt på graderingen av alvorlighetsvurderingen, i stedet er nok domfeltes kvantitative brudd mer relevant, og vil kanskje si mer om atferden over tid. I visse tilfeller kan enkeltstående brudd være tilstrekkelig til å nekte prøveløslatelse dersom det er særlig grovt i følge retningslinjene. Ved en slik vurdering vil nok en alminnelig tolkning kunne innlemme forhold handlingen skadepotensial, og farepotensial. Med fare menes også fare for andre enn, slik som for eksempel særlig grove



narkotikaforbrytelser. Hvis forholdet politianmeldes så taler mye for at dette også bør tas i betraktning.

#### 1.1.1 Brudd kort tid før løslatelsestidspunktet

Det er videre uttalt at nektelse av prøveløslatelse skal ikke komme som et alternativ til reaksjon. Spørsmålet blir om en omvendt kan nekte en domfelt prøveløslatelse basert på disiplinærbrudd begått kort tid før en allerede innvilget prøveløslatelse? Hjemmel for omgjøring til skade for den innsatte følger av fvl. § 35 tredje ledd, slik at fengselsmyndighetene har mulighet for å omgjøre vedtaket basert på en fornyet utilrådelighetsvurdering. Dersom innsatte begår disiplinærbrudd såpass kort tid før prøveløslatelse, vil det av tidsmessige grunner ofte være problematisk å ilegge reaksjon etter strgf. § 40. Innsatte kan for eksempel ha vist god oppførsel under hele straffegjennomføringen, for så få svar på en positiv urinprøve dagen før løslatelse. Siden nektelse av prøveløslatelse ikke skal komme som alternativ til reaksjon, blir spørsmålet om det er lov til å legge dette til grunn i en ny vurdering av innsattes prøveløslatelse, med mulig omgjøring som resultat?

I forvaltningens praksis så blir ett slikt tilfelle visstnok vurdert på nytt, og den siste avgitte urinprøven blir et moment i helhetsvurderingen, og da ofte med nektelse som resultat. I vedtakene som gis til innsatte står det ofte at ” Prøveløslatelse fra fengsel kan unnlates iverksatt hvis det i løpet av den gjenstående gjennomføringstiden oppstår nye forhold eller det fremkommer nye opplysninger som gjør løslatelse på prøve utilrådelig i henhold til strgf. § 42”. Bakgrunnen for dette er visstnok et ønske om dette skal fungere som pisk og gulrot på samme tid. Spørsmålet er om denne praksisen er i overensstemmelse med de forholds om § 42 har ment å ta inn i utilrådelighetsvurderingen, eller om et enkeltstående disiplinærbruddstilfelle like før løslatelse skal kunne begrunne nektelse?

En slik praksis vil nok kunne oppfattes å være noe på kant med ordlyden i retningslinjene, men spørsmålet er om det likevel kan være lovlig etter andre forhold. I denne vurderingen så

sier verken forarbeider eller domspraksis noe om dette, men det gjentas i forarbeidene at innsatte skal underlegges en helhetsvurdering. Hvorfor retningslinjene da legger opp til at en skal få adgang til å begå disiplinærbrudd uten konsekvenser like før løslatelse bør i så fall ha gode grunner for seg. Det fremgår ikke noen begrunnelse for denne forståelsen av utilrådelighetsvurderingen, og selv om noe juridisk litteratur støtter denne tolkningen vil det likevel være grunn til å spørre om den er riktig?

Hensynet bak en slik tolkning vil nok kunne være knyttet opp mot innsattes forutsigbarhet. Har han først fått innvilget løslatelse så skal han få mulighet til å gjennomføre denne. Et annet moment er at fengslet sin preventive virkning vil i mindre grad komme til anvendelse ved slutten av soninga, slik at det vil fremstå som mindre samfunnsnyttig i den forstand at innsatte skal rehabiliteres ytterligere.

På den annen side så er disse argumentene etter min mening lite holdbare. Den tolkningen som forvaltningen har lagt seg på kan ha mye for seg i forhold til løslatelsesinstituttets atferdsvurdering. Det er innbyrdes motstridende i retningslinjene at de disiplinærvedtak som begås tidlig i straffegjennomføringen skal tillegges mindre vekt, mens de som oppstår senere skal ha større vekt, - inntil en viss tid før løslatelsen skal skje. Det er få logiske argumenter om at et brudd innenfor det som blir innfortolket å være kort tid før løslatelse, plutselig ikke skal få være med i en utilrådelighetsvurdering. De formelle hensyn som er tillagt vekt i § 40 om hensynet til ro, orden og sikkerhet bør ha like stor anvendelse på en innsatt selv om vedkommende skal snart ut. Prinsipper som intern disiplin, hensynet til rehabilitering og ikke minst hensynet til rennovasjon og samfunnsbeskyttelse, taler for at et slikt brudd også tas med i en utilrådelighetsvurdering, og at vedtaket revurderes. Det vil også kunne stride mot hensynet til den alminnelige rettsfølelse og hensynet til fengsel som allmennpreventive virkning, hvis den innsatte får ”grønt kort” den siste tiden før løslatelsen.

## 1.1 Grunn til å anta at domfelte vil begå nye straffbare handlinger

§ 42 gir som sagt to eksplisitte områder som det skal legges vekt på ved vurderingen om den innsatte skal prøveløslates. Det andre momentet som er lovhjemlet er altså om det er grunn til å anta at domfelte vil begå nye straffbare handlinger i prøvetida. Ordlyden ”grunn til å anta” kan tyde på at vi har å gjøre med en sannsynlighetsvurdering, og spørsmålet blir da hva hvor streng denne vurderingen skal være? Er det en subjektiv vurdering som ligger til grunn på bakgrunn av innsattes fremtreden i fengselet, eller skal dette vurderes etter noen objektive kriterier som for eksempel at hvis innsatte har mer enn 5 dommer, så bør han ikke gis løslatelse?

Det kan nok virke strengt overfor den innsatte at tidligere dommer skal forfølge ham også under senere straffegjennomføring, og slik sett strider det mot oppfatningen at en skal ha anledning til å gjøre opp for seg. I enkelte deler av litteraturen blir det antatt at dette punktet om straffbare handlinger ikke vil være avgjørende i forhold til utilrådelighetsvurderingen, men snarere et svært viktig moment i totalvurderingen.<sup>42</sup> Forvaltningspraksis og lovens ordlyd tyder på det motsatte. For det første så har vurderingen av tilbakefall eksplisitt kommet til uttrykk i straffegjennomføringsloven § 42, og i følge forarbeidene så skal dette likestilles med vektleggingen av innsattes atferd. Bak denne praksisen ligger det nok en tanke om at den innsatte ikke skal ha ubegrenset med sjanser, slik at de straffen skal ha en effektuerende effekt i forhold til den hensyn som straffen bygger på. Dette momentet er derfor en viktig del av innsattes utilrådelighetsvurdering.

Bakgrunnen for selve vurderingen av sannsynligheten for tilbakefall finnes ikke i domspraksis, samt at forarbeidene er taus i forhold til hvor stor sannsynlighet som må til for å nekte innsatte prøveløslatelse. Den påpeker imidlertid at tidligere dommer, og tidligere atferd etter tidligere løslatelser kan komme i betraktning, men dette sier imidlertid ikke noe om hvor sterkt beviskravet må være for å nekte den domfelte ny løslatelse. Forskrifter samt er også forholdsvis tause på dette området, og det mest relevante er nok en passus om at det hele er underlagt en helhetsvurdering. Det lille av juridisk litteratur som befinner seg på området, sier

---

<sup>42</sup> Storvik side 236

at beviskravet er svakt uten noen videre begrunnelse. Der blir det videre henvist til forvaltningspraksis og retningslinjer.

Det er også her vi finner de fleste indikasjonene på når domfeltes forhistorie skal kunne tale i mot han. Det første spørsmålet blir da hvorvidt en kan vektlegge de kvantitative gangene den innsatte er tidligere straffedømt? Et annet spørsmål blir også hvor langt tilbake i tid en kan gå? Er det hele innsattes kriminelle historie som kan legges til grunn, eller er det bare det nyeste?

Etter retningslinjene er poenget å fange opp såkalte ”gjengangere” hvor skjæringspunktet ligger på tre dommer. Hva som ligger til grunn for akkurat tallet tre sies det ingenting om, og det kan selvfølgelig stilles spørsmål ved om dette må følges bokstavelig i relasjon til retningslinjene sin rettskildemessige verdi.

Spørsmålet da blir hvorvidt denne ”tre ganger- regelen” har noen rettslig betydning eller om den kun er ment som en retningsnorm? Siden denne klassifiseringen kan få ganske vidtgående konsekvenser for den innsatte så er det mye som tyder på at retningslinjenes verdi er av forholdsvis rettskildemessig begrenset verdi. Det skal riktignok bemerkes at dette blir ett ledd i en helhetsvurdering, men mye taler for å bruke dette også på de med færre dommer. Hvis dette skal gjøres bør nok dommene inneholde mange kriminelle forhold, eller være av spesielt alvorlig karakter.

Ved tidsvurderingen av dommene så bli spørsmålet hvor gamle dommene må være før de ikke lenger har noen relevans? Bakgrunnene for å se bort i fra gamle dommer ligger følges opp av retningslinjene som ikke sier noe om tidsperspektivet, utover at gamle dommer skal bety mindre enn nye dommer. I forvaltningspraksis så sees det helt bort i fra dommer som er 20 år eller mer, men det er ikke alltid så lett å avgjøre hva som er gamle forhold, og særlig ikke hvis en vurderer dette opp mot innsattes soningshistorie. Hvis innsatte har sittet på en eller flere lange dommer så har han også blitt mindre fristet til å begå ny kriminalitet, slik at av hensyn til rennovasjonsprinsippet så taler mye for at det også må kunne legges vekt på dette ved vurderingen av innsatte. Hvis innsatte etter å ha sonet en 15 års dom går rett fra fengselet og

ned til plata, så taler hensynet til individuell og konkret saksbehandling for at dette må tas i betraktning, - kontra en person som kanskje sonet for 14 ½ år siden. Med andre ord så taler også mye for å kunne vurdere innsattes kriminelle atferd ut i fra hvor lang tid det er gått mellom handlingene. Denne tolkningen gis det også støtte ved i retningslinjene.

Et annet spørsmål blir hvorvidt tidligere brudd i prøveløslatelsesperioder kan komme til anvendelse i vurderingen? Dette må være et vesentlig poeng i forhold til om innsatte har misbrukt sjanser med prøvetid før. I dette må det ligge en antakelse om at situasjoner hvor innsatte vet at de kan risikere å sone for tidligere forhold, så vil også terskelen for å begå ny kriminalitet være høyere. Hvis innsatte har brutt dette tidligere, så vil dette igjen kunne bety at han er mer tilbøyelig til å begå ny kriminalitet, og at straffen har en mindre avskrekkende virkning på han. Da er det hensynet til samfunnsbeskyttelsen som gjør seg gjeldende. Retningslinjene gir også støtte for en slik tolkning ved at det skal ”særskilt legges vekt på om den innsatte har begått de straffbare handlingene i prøvetiden etter tidligere dommer, - eventuelt kort tid etter løslatelse ved endt gjennomføringstid”. Tidligere brudd blir også sterkt avveid etter forvaltningspraksis, men spørsmålet er om også svikt under permisjoner, fremstillinger etc. også kan komme til anvendelse her?

Bakgrunnen for at det kan være relevant, er fordi dette på lik linje som brudd under prøvetida sier noe om svikt i et særlig tillitsforhold. Enten dette forholdet består i permisjoner eller prøvetid, så vil innsattes atferd i noen grad kunne si noe om fremtidig oppførsel. Det gis lite med indikasjoner på at dette kan vektlegges, men reelle hensyn tilsier at også dette kan være et fornuftig element i en slik utilrådelighetsvurdering.

Spørsmålet blir da om en har anledning til å legge vekt på dommens innhold, i forhold til antall straffbare forhold, samt den straffbare handlingens karakter? Forarbeidene sier ikke noe om dette, men i forvaltningspraksis så vektlegges det hvis innsatte har begått mange straffbare forhold som er dømt i en dom. Begrunnelsen for dette er at en ser innsattes karakter og handlingsmønster under ett, slik at en person med to dommer med 50 biltyverier i hver, kontra en person med to dommer med forskjellig forhold, - kan bli vurdert forskjellig.

Mye taler for at en kan legge vekt på innsattes kriminalitet, straffbare forhold og se innsattes handlingsmønster under ett. Personer som er avhengige av rus og som har kommet inn i dette atferdsmønsteret igjen, vil øke sannsynligheten for at det blir begått nye straffbare handlinger med mindre det ikke er gjort noe aktivt i forhold til rusproblemet. Det kan riktignok legges vekt på om innsatte har gjort noe aktivt for å endre sin livsførsel etter retningslinjene, men spørsmålet er om en kan vurdere hvordan dette har gått? Dette sies det ikke noe om, men hensynet til samfunnsbeskyttelsen taler for at fengselsmyndighetene bør kunne vurdere innsattes gjennomføring av f.eks. interne programmer. Det er nok sannsynlig at det finnes en del innsatte som melder seg på programmer og kurs, uten egentlig å ha noen reell motivasjon i forhold til egen kriminalitet, - utover at de vet dette vil telle positivt ved vurderingen av 2/3 tid.

På lik linje vil også innsattes atferdsmønster i fengselet gi en god pekepinn på om den innsatte står i fare for å begå nye brudd kort tid etter løslatelse. En innsatt som har tidligere blitt ilagt disiplinærreaksjoner basert på rus, uten arbeid eller bolig, og som helt opplagt innstiller seg på å dra rett ut på kjøret, - bør kunne vektlegges av hensyn til samfunnsbeskyttelsen. Dette gir retningslinjene også en viss indikasjon på i den forstand at en kan vektlegge fare for kriminelle handlinger kort tid etter løslatelse. Hva som ligger i begrepet kort tid er for så vidt ikke så interessant. Om en narkoman sprekker to timer, eller to uker etter løslatelse vil i stor grad kunne være umulig å forutse. Det avgjørende må være hvilket spor den innsatte synes å handle ut ifra opp under løslatelsestidspunktet.

Etter en helhetsvurdering av alle disse punktene indikerer nok dette at beviskravet ved en sannsynlighetsberegning overfor innsatte nok er veldig svakt. Dette beror mer på fengselets "magefølelse", snarere enn rasjonelle kriterier, og er i stor grad en vurdering som gjøres på bakgrunn av behovet som samfunnet har til å beskyttes overfor såkalte kriminelle gjengangere.

## **1 Tilfeller hvor prøveløslatelse "kan " nektes .**

### **1.2 Ordlyden**

Selv om ordlyden i § 42 kun nevner de momentene som nå er gjennomgått, så legger forarbeidene til grunn at også andre momenter kan tillegges vekt. Høyesterett refererer også til disse momentene i Rt. 2004 side 297. De forhold som muligens kan tillegges vekt fremkommer i retningslinjene punkt 3.45.2. Selv om også Høyesterett referer til disse, er det lite sannsynlig at disse har større rettskildemessig verdi enn det andre retningslinjer har. Disse retningslinjene påpeker igjen at heller ikke de momenter som fremgår der er uttømmende. Dette betyr følgelig at denne "kan" vurderingen står under ett svært fritt skjønn. Særlig er dette interessant i forhold til de konsekvenser det har for den innsatte.

### **1.2 Fremgåtte momenter av retningslinjene**

#### **1.2.1 Uoppgjorte straffesaker**

I følge retningslinjene så kan prøveløslatelse nektes hvis domfelte er anmeldt for en eller flere handlinger som har resultert i tiltalebeslutning. Forholdet han er tiltalt for må ha en høyere strafferamme enn 1 års fengsel, og skal ikke referere seg fra forhold som ligger lenger tilbake i tid enn 2 år regnet fra domfeltes prøveløslatelsestidspunkt.

Et relevant spørsmål ved nektelse på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger er hva som er hensynet bak dette? Forarbeidene og retningslinjene sier lite om bakgrunnen for at dette momentet er relevant. Høyesterett er innom vektlegningen av uoppgjorte straffesaker i Rt. 2004 side 927, men vurderer det da opp mot hvorvidt det er straff, - og ikke hva som er hensynet bak. Innsattes forvarer hevder at det er straff som er siktemålet ved vurderingen, mens Høyesterett bare legger momentet til grunn som skjønnsmoment ved vurderingsgrunnlaget, og da særlig i forhold til gjentakelsesfaren. Dette er imidlertid noe problematisk, fordi hvis tiltalebeslutningen kan referere til handlinger begått flere langt tilbake i tid som 2, så trenger ikke nødvendigvis dette si noe om gjentakelsesfaren, og derav hensynet til samfunnsbeskyttelsen.

Ved en vektlegning av uoppgjorte straffesaker, så ligger den nok også en presumptiv forståelse at innsatte er skyldig. Hvis han ikke er skyldig, så har en forhåndsdomt vedkommende uten rettergang, for så å gi han forlenget soningstid på bakgrunn av ett feilaktig grunnlag. En som er særdeles kritisk til denne ordningen er Kristian Andenæs.<sup>43</sup> Han hevder også at den innsatte blir ilagt tilleggsstraff.

Dette skaper mange problemstillinger. For det første så må en reise problemstillingen om en forhåndsdommer innsatte? Etter EMK art.6 nr.2 skal enhver som blir siktet for straffbar handling antas uskyldig inntil det motsatte er bevist. Innsatte blir heller ikke underlagt de rettsikkerhetsgarantier som han kan tilkjennes under art. 5. ved en slik bedømmelse.

For det første så kan det hevdes at fengselsforvaltningen ikke vurderer innsattes sannsynlige straffeutfall. Innsatte legges ikke under noen rettergang av straffesaken hos fengselsmyndighetene, og art. 5 vil ikke komme til anvendelse. Det kan også hevdes at forholdet til uskyldspresumpsjonen ikke kommer til anvendelse siden en eventuell forhåndsdomming av innsatte ikke begås av dem som "sikter" han. Fengselsmyndighetene tar ikke stilling til annet enn at innsatte har en tiltalebeslutning i mot seg, og legger dette til grunn i vurderingen om tilbakefall.

Det kan på den annen side hevdes at dette kun er relevant fordi en presumptivt antar at innsatte har begått den straffbare handlingen, og følgelig legger dette til grunn ved å sannsynligheten for kriminelt tilbakefall. Hvis en ikke antar at innsatte er skyldig, så er dette heller ikke noe relevant argument i skjønnsavgjørelsen.

På den annen side så kan en ta utgangspunkt i at en regner med at innsatte er skyldig for de forhold han er siktet for. Retningslinjene legger opp til at anmeldelsen må ha resultert i en tiltalebeslutning, noe som innebærer at mistanken må være av en viss styrke. I følge Rt.

---

<sup>43</sup> Andenæs, Kristian "Fengselsloven 1958 og straffegjennomføringsloven 2001 – flere, like få eller færre rettigheter" KROM. Artikkel.



2002 side 1504 må etterforskningen må i det vesentlige være avsluttet og påtalemyndighetene må holde det for overveiende sannsynlig at siktede har begått handlingen for å kunne ta ut tiltale.<sup>44</sup> Dette taler også for at innsatte har begått handlingen, selv om han ikke er ”dømt” ennå i lovens forstand. Det hele er basert på en sannsynlighetsvurdering som igjen må knyttes til faren for nye straffbare forhold.

Mye taler derfor for at dette er et legitimt standpunkt. At innsatte er tiltalt vil sannsynliggjøre at han kommer til å begå ennå flere straffbare forhold ute i samfunnet. Hvis han i tillegg er siktet for forhold som han har begått i fengselet tyder ennå mer på at innsatte ikke har oppgitt sin kriminelle løpebane, og følgelig heller ikke bør tilkjennes 2/3 tid. At strafferammen må ligge på minimum ett år sier også noe om at forholdene må ha en viss alvorlighetsgrad, slik at det også taler for at innsattes handlingsmønster er av en såpass alvorlig karakter at hensynet til samfunnsbeskyttelsen tilsier at han bør fortsette å sone. Hensynet til den alminnelige rettsfølelse tilsier også at det blir kunstig å sette innsatte fri, slik at han kan dra rett fra cella til ny rettssak, - for så gå i påvente av soningsplass. Det er heller ikke noe tilleggstraff slik som Andenæs legger opp til. Innsatte har i utgangspunktet blitt pådømt denne straffen, slik at en forlenget soningstid ikke er annet enn en oppfølging av domstolenes vurdering av det straffbare forholdet sin lengde

Dessuten kan det også hevdes at kommunikasjonen mellom fengsel og påtalemyndighet er såpass god at en alltid vet om det er noe hold i tiltalen. I følge forvatningspraksis er foregår det nemlig en utstrakt uformell kommunikasjon mellom fengselsmyndighetene og politi. Dette kan også ha følger i forhold til permisjoner og vurderinger etter 2/3.

Dette reiser imidlertid en del grunnleggende spørsmål i forhold til saksbehandlingsreglene. For det første så er spørsmålet om det er adgang til en slik muntlig saksbehandling? <sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Rt 2002 s 1504

<sup>45</sup> Wallan, Kristoffer. ”Politiopplysninger hos fengselsmyndigheten – Skyldig inntil det motsatte er bevist”. Institutt for kriminologi og rettsosiologi. S 146-147

Til dette så kan det påpekes at det ikke er selve saksbehandlingen som er muntlig, men at det kun kommer en opplysning som legges til grunn ved behandlingen. Innsatte vil som regel bli bekjentgjort med bakgrunnen for nektelsen i vedtaket, slik at spørsmålet om muntlig saksbehandling ikke kommer til anvendelse. Derimot vil det være relevant om hensynet til kontradiksjon tilsier at innsatte ikke skal underlegges en slik vurdering. Uformelle samtaler er ikke dokumenterbare, og innsatte kjenner heller ikke opplysningene som er gitt. Til dette kan det bemerkes at det ikke først og fremst er innholdet i samtalen som er avgjørende. Det avgjørende er om det har blitt tatt ut tiltale mot han, og ikke nødvendigvis hvor sannsynlig det er at han blir dømt for det.

Dette er i så fall en motstridende tolkning i forhold til Rt 2002 s 1504 som mener at tiltalen må ha en viss styrke.

Spørsmålet er hvor legitimt det i det hele tatt er å legge vekt på dette momentet?

Det er klart at en slik vektlegging er av stor betydning for den innsatte. Legalitetsprinsippet taler derfor for at dette momentet må ha et klarere kompetansegrunnlag enn i form av en retningslinje. Særlig med tanke på at dette i følge retningslinjene muligens kan stå seg som eneste moment for å nekte løslatelse. Forarbeidene har til dels berørt spørsmålet om uoppgjorte straffesaker og nektelse i den forstand at de har vurdert muligheten for domstolsprøvelse. Der henvises det kun til at domstolen kun har en begrenset prøvelsesrett, og de reiser problemstillingen om nektelse på bakgrunn av uoppgjorte straffesaker uten å besvare den. I stedet påpekes det ”at departementet har etter en grundig vurdering kommet til at det ikke er nødvendig med en endring av gjeldende rett”.<sup>46</sup>

Personlig er jeg av den oppfattning om lovligheten for å legge vekt på dette er momentet er forholdsvis åpent. Jeg ser helt klart de hensyn som veier for å legge vekt på dette momentet, og da særlig i tilknytning innsattes atferd, men ordningen er forholdsvis betenkelig rent rettsikkerhetsmessig.

---

<sup>46</sup> Ot. Prp. Nr. 5

### 1.2.1 Unnlatt å møte til straffegjennomføring til angitt tid

Et annet moment som kan vektlegges etter retningslinjene er dersom innsatte ikke møter til straffegjennomføringen til angitt tid. Det forutsettes at det klart fremgår av soningsinnkallingen at unnlatt oppmøte kan medføre nektelse av prøveløslatelse ved to tredjedels gjennomføringstid. Unntak gjelder når fangen selv møter til soning innen en uke etter oppmøtetidspunkt.

Spørsmålet her er hva som kan begrunne et slikt moment?

Bakgrunnen for å legge vekt på dette må antas å være at handlingen har en karakter av straffeunndragelse, og følgelig kan dette bety at innsatte er mer tilbøyelig for svikt i prøvetida. Lite tyder egentlig på at dette momentet vil være veldig relevant, og særlig vil det ha mindre verdi hvis dommen er lang og det er lenge siden innsatte skulle møte til straffegjennomføring. Desto lengre dommen er, desto mer proporsjonalt bør en se viktigheten av innsattes atferd og utvikling.

### 1.2.1 Domfelte motsetter seg prøveløslatelse

I noen tilfeller så ber den innsatte om å ikke bli løslatt. Bakgrunnen for dette kan være reell frykt for andre kriminelle utenfor fengselet, innsatte kan venter på plass ved behandlingsinstitusjon, eller det kan være en utlending som er besluttet utvist fra landet ved løslatelse. Disse kan ofte ha interesse av å sitte til endt gjennomføringstid for å utsette iverksettelsen av utvisingsvedtaket.

Mye tyder på at dette ikke er en veldig relevant problemstilling. I så fall må det være innsattes begrunnelse for å blir sittende som er avgjørende. Dette punktet er ikke behandlet andre steder enn i retningslinjene, og neppe særlig aktuelt. Hvis det skulle komme på

spissen så bør reelle hensyn være avgjørende. Personlig er jeg av den oppfatning at den innsattes begrunnelse bør være særdeles sterk, særlig i relasjon til kostnader som er forbundet ved fengsling samt de soningskøer vi har.

### 1.2.1 Retningslinjenes styrke

I retningslinjene fremgår det at hvis alle vilkårene i et av de nevnte punktene er tilfredsstilt så kan den innsatte nektes løslatelse. Jeg kan ikke se annet enn at dette må være feil, og helt uten rettskildemessig betydning. Hvis en følger dette ordrett så betyr det at en innsatt som har sonet en lang dom plettfritt kan holdes tilbake hvis han ikke møtte opp til soning ved begynnelsen av dommen. Dette kan neppe heller ha vært meningen fra justisdepartementet, og må etter min mening bero på en glipp.

## 1.2 Andre momenter det kan legges vekt på

Som nevnt så er ikke alle de forannevnte momentene uttømmende, slik at det åpnes for at også andre momenter kan tillegges vekt. Slike momenter kan for eksempel være innsattes boforhold, innsattes nettverk, utsikter til arbeid eller skolegang, og innsattes forhold til rus.<sup>47</sup> Bakgrunnen for å kunne legge slike forhold til grunn må være et ledd i en helhetsvurdering av innsatte. Flere halvveis oppfylte momenter selvfølgelig tale mot innsatte, men siden dette er utpreget skjønnsmessige betingelser uten noen slags hjemmel, så taler mye for at dette ikke alene kan begrunne en nektelse. Derimot kan det være nyttig som et tilleggsmoment. Et moment som derimot kan være et argument alene for å nekte prøveløslatelser er hensynet til den alminnelige rettsfølelse og offeret. Dette blir behandlet i 3.3.2

---

<sup>47</sup> Storvik (2003) s. 237

### 1.2.1 Rimelighetsvurdering

I følge retningslinjene så skal ikke innsatte holdes ut over to tredjedels gjennomføringstid dersom det foreligger forhold som gjør det sterkt urimelig ikke å løslate innsatte, eller hvor innsattes løslatelsessituasjon likevel fremstår som tilrådelig.<sup>48</sup>

Spørsmålet her er hva som ligger i sterkt urimelig, og hva det kan legges vekt på? Siden dette ikke fremgår av verken forarbeider eller lovtekst, så kan mye kan tale for å ta utgangspunkt i mange av de samme momentene som ved spørsmålet om løslatelse etter halv gjennomføringstid etter strgj.l. § 42 tredje ledd. Dette skal også være en sikkerhetsventil, og reelle hensyn taler for at mye av de samme momentene kan tillegges vekt her.

For eksempel kan rimelighetshensyn være begrunnet i innsattes helseforhold, familieforhold, skole-/arbeidssituasjon eller rehabilitering. Andre momenter kan være at innsatte har vist en ekstraordinær og tydelig vilje og evne til å endre livsførsel sin. Det kan bestå av behandling, programvirksomhet, utdanning eller lignende. Hvorvidt innsatte er underlagt særlig oppfølging, bør også kunne innfortolkes i en slik vurdering.

### 1.2.1 Hensynet til den alminnelige rettsoppfatning

Selv om det ikke fremgår direkte av retningslinjene vil det være relevant å vurdere innsattes kriminalitet opp mot den alminnelige rettsoppfatning. Det fremgår av forarbeidene at dette kan tillegges vekt, og i justiskomiteens innstilling nevner flertallet at dette bør være et relevant hensyn.

Svært ofte har mange innsatte en grei oppførsel i fengselet, men disse kan også være de med lange dommer og med en fortid som bakmenn, økonomisk kriminalitet etc. I praksis er det ofte de "smarteste" som slipper unna, og motsatt er det derfor de mest ressursvake som ikke blir innvilget 2/3 tid. Disse står også ofte i en helt annen stilling til å velge sitt

---

<sup>48</sup> Retningslinjene 3.45.2

kriminelle atferdsmønstre, men rusmisbruk fra ung alder.<sup>49</sup> Spørsmålet er om en kan legge vekt på å unngå ”premiering” av smarte og ressurssterke forbryterne, ved å legge vekt på den alminnelige rettsfølelse? Hvis en i så fall skal legge vekt på dette momentet, så vil det være naturlig å spørre hvordan dette skal vurderes?

Hva som til enhver tid oppfattes som den alminnelige rettsoppfatning er det selvfølgelig vanskelig å si noe om, men en viss pekepinn vil en ha hvis en tar utgangspunkt i ofrenes situasjon. En løsning kunne være å gi ofrene uttalelsesrett ved løslatelser, permisjoner etc, da det sannsynligvis ville vært lettere for dem å akseptere en løslatelse, dersom de selv hadde hatt en viss påvirkningskraft på forholdet.

Problemet vil selvfølgelig være faren for at de vil la seg styre av hevnmotivet, men det vil være en sjanse en må ta. Det er heller ikke sagt at dette bør være den endelige avgjørelsen, men den kunne ha kommet som et tillegg i vurderingen. Særlig taler dette for forhold som har vært preget av store personlige kostnader for ofrene. Imidlertid tror jeg de fleste ofre ville vært interessert i å sørge for at domfelte ikke ville begått en slik handling igjen, slik at mange ville vurdert forholdet objektivt. Hvis løslatelsesinstituttet hadde hatt et noe større vekt på ofrene sin stilling, og ikke utelukkende sett seg blinde på kun de innsattes rettigheter, - så mener jeg at hele instituttet ville hatt et langt mer legitimt preg. På sikt tror jeg dets legitimitet blant befolkningen også er avgjørende for dets fremtidige eksistens.

---

<sup>49</sup> Torbjørn Skarðhamar. ”Levekår og livssituasjon blant innsatte i norske fengsler”

## 1 Tabeller, Figurer. Etc.

Tabell 1: Andelen løslatte på 2/3 tid av totalt antall avganger

	2000	2001	2002	2003	2004
Prosent	23	21	20	23	25
N =	2249	2271	2286	2420	2586

*Kilde:* Tall fra justisdepartementet gitt til Hovedfagsavhandling i kriminologi om Prøveløslatelse. Universitetet i Oslo. September 2005.

*Min bemerkning:* Disse tallene er noe misvisende da de ikke tar inn over seg innsatte som ikke kan prøveløslates grunnet minstekrav etter § 42 om å minst sone 60 dager.

Vedlegg 1:

KSF 5/2004 Rundskriv

## 1 Litteraturliste

### **Bøker, artikler og annet:**

- Andenæs, Johs.** "Straffen som problem". Exil Forlag A/S 1994.
- Bernt, Overå og Hove.** "Kommunalrett". Universitetsforlaget 2002.
- Boe, Erik.** "Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære". Tano Aschehoug 1996
- Eckhoff/Smith.** "Forvaltningsrett". Tano Aschehoug . 6.utgave. 1999.
- Eckhoff, Torstein.** "Rettskildelære". Universitetsforlaget 2001. Oslo
- Eskeland, Ståle.** "Strafferett". Cappelen Akademisk forlag. 2000. Oslo
- Eskeland, Ståle.** "Fangerett". Tano 1989.
- Juss Buss.** "Fangehandboka". Juss-Buss. 4.utgave. 2003
- Møse, Erik.** "Menneskerettigheter". Cappelens Forlag. Oslo. 2002
- Ruud, Morten og Ulfstein.** "Innføring i folkerett". Tano Aschehoug . 6.utgave. 1998.
- Slettan og Øie.** "Forbrytelse og straff". Tano Aschehoug 1997
- Storvik, Birgitte Langset.** "Straffegjennomføring". Høyskoleforlaget. Kristiansand 2003
- Strømme, Dan.** "Lærebok i fengselsrett". Krus 1997.Oslo.
- Treholt, Arne** "Avdeling K." Gyldendal norsk forlag. Oslo. 1991
- Tønnesen og Andersen.** "Løslatelse etter halv soningstid". Institutt for kriminologi og retts sosiologi. Skriftserie nr. 70/2001
- Wallanm Kristoffer.** "Politiopplysninger hos fengselsmyndigheten – Skyldig inntil det motsatte er bevist". Institutt for kriminologi og retts sosiologi. Stensilserie nr: 91. Oslo 2004.
- Wister Ole A.** "Enkelte trekk ved norsk fengselshistorie" GCS AS, Oslo 1997.

**Studentoppgave:** "Nektelse av prøveløslatelse og EMK". Institutt for kriminologi og retts sosiologi

**Studentoppgave:** "Prøveløslatelser" Hovedfagsoppgave for kriminologi.

**Studentoppgave:** "Levekår og livssituasjon blant innsatte i norske fengsler". Torbjørn Skarøhamar. Hovedfagsoppgave for kriminologi. UIO. 2002.



Sivilombudsmannens årsmelding 2003  
Sivilombudsmannens årsmelding 2004  
Sivilombudsmannens årsmelding 2005.

Artikkel. Andenæs, Kristian *Fengselsloven 1958 og straffegjennomføringsloven 2001 – flere, like få eller færre rettigheter*” KROM.

Asker og Bærum Budstikke. 10.10.2005.  
Aftenposten 05.11.2005  
Aftenposten 05.10.2005.  
Aftenposten 30.10.1998.  
Aftenposten av 22.07.1998

Statistisk sentralbyrå – [www.ssb.no](http://www.ssb.no)

**Forarbeider:**

Ot. prp. nr 5 (2000-2001) Om lov om gjennomføring av straff

Innst. Ot. prop. nr 60 (2000-2001)

Ot.prp. nr. 46 (2000-2001) XX

Innst. O. nr. 34 (1996-97)XX

Ot.prp. nr. 87 (1993-94)XX

Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff  
NOU 1988:37

St. meld. Nr 27 (1997-1998)

Forskrift til lov om straffegjennomføring av 22. februar 2002

Retningslinjer til lov om straffegjennomføring av 22. februar 2002

Forskrift om gjennomføring av særreaksjonen forvaring. 5. Mars 2004

**Lover:**

Barnevernloven 1992 17. juli Nr. 100. § 4-24

FN om sosiale og kulturelle rettigheter

EMK

EMK Protokoll X

Forvaltningsloven

Menneskerettighetsloven av 21 mai. Nr 30.

Straffegjennomføring av 22. februar 2002

Straffeloven

Straffeprosessloven

**Dommer:**

Rt. 2004 s 927.

Rt. 2002 s 1504

Rt 2000 s.591

Rt. 1997 s. 580

Rt. 1998 s. 1663.

Rt 1995, s.1427

Rt 1995, s.72

Rt 1998 s.1795

Rt. 1977 s. 1207

30. mai. 2005 Oslo Tingrett

**EMD:**

Engel v Nederland. 1976  
Campbell and Fell v UK. 1984